

Università di Pisa  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Corso di laurea in Giurisprudenza

Tesi di laurea

*IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO  
NELL'ARBITRATO*

Relatore: Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella

Candidata: Giovanna Denise Mammone

*Alla mia famiglia.*

## **Indice**

<b>Introduzione.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### PARTE PRIMA

#### **IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO : ANALISI DIACRONICA E PORTATA ASSIOLOGICA**

<i>CAPITOLO 1: CENNI SUGLI SVILUPPI STORICI DAL MEDIOEVO AL C.P.C. DEL 1942. ....</i>	<i>4</i>
1. <i>L'età medievale.....</i>	<i>4</i>
2. <i>Il giusnaturalismo classico. ....</i>	<i>5</i>
3. <i>Il giusnaturalismo moderno.....</i>	<i>6</i>
4. <i>Il principio del contraddittorio nel c. p. c. del 1965. ....</i>	<i>8</i>
5. <i>Il principio del contraddittorio nel c.p.c. del 1942 secondo la sua     “interpretazione tradizionale”. ....</i>	<i>11</i>

<i>CAPITOLO 2: LE GARANZIE COSTITUZIONALI DEL CONTRADDITTORIO. .....</i>	<i>14</i>
1. <i>Il principio del contraddittorio ex art. 101 comma 1° c.p.c. secondo la     sua interpretazione “costituzionalmente orientata”. ....</i>	<i>14</i>
2. <i>Sensibilità nuova intorno al giudizio e recupero dell’idea classica di     contraddittorio. ....</i>	<i>17</i>
3. <i>Il contraddittorio come strumento dialettico di una verità probabile.</i>	<i>21</i>
4. <i>Contraddittorio e “giusto processo”: la riforma dell’art. 111 Cost. nel     dibattito dottrinale italiano. ....</i>	<i>23</i>
5. <i>Segue. Il «giusto processo». ....</i>	<i>25</i>
6. <i>Segue. «Regolato dalla legge». ....</i>	<i>28</i>

7. Segue. Il «contraddittorio tra le parti in condizione di parità».	31
8. Segue. La Terzietà e imparzialità del giudice.	34
9. Segue: La ragionevole durata del processo.	37
10. Il “giusto processo” come presupposto al divieto dei giudizi di “terza via”: la teoria garantista.	38
11. La contrapposizione della teoria sostanzialista.	41
12. Il modello strumentale di giustizia procedurale.	45
13. Le novelle del 2006 e del 2009: l’ art. 384, comma 3, e l’art. 101, comma 2, c.p.c.	48

## PARTE SECONDA

### **IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO RITUALE**

<b>CAPITOLO 1: ESAME DEI PRINCIPI SOTTESI ALL'ARBITRATO (CENNI).</b>	54
1. Introduzione.	54
2. La natura dell'arbitrato.	55
3. Il concetto di ordine pubblico.	57
4. Il rispetto dell'ordine pubblico processuale come unico limite al principio della libertà delle forme in assenza di diversa disposizione di legge dettata in materia di arbitrato o di diversa volontà delle parti.	59
 <b>CAPITOLO 2: PORTATA ASSIOLOGICA DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL' ARBITRATO RITUALE.</b>	 61
1. Principio del contraddittorio e arbitrato rituale: la codificazione del 1865 e l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.	61
2. La codificazione del 1942 e l'art. 816, comma 3, c.p.c.	64
3. L' interpretazione dei primi commentatori.	66

4. <i>Segue. L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 816, comma 3, c.p.c.</i> .....	69
5. <i>L' interpretazione giurisprudenziale dell'art. 816, comma 3 (successivamente 4) , c.p.c.</i> .....	70
6. <i>La «novella» n. 25/94: consacrazione normativa del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale.</i> .....	79
7. <i>La riforma del 2006.</i> .....	81
8. <i>Il "quomodo" dell' attuazione del principio del contraddittorio.</i> .....	85
9. <i>Gli effetti della violazione del contraddittorio alla luce del riformato art. 829 c.p.c.</i> .....	89

<i>CAPITOLO 3: L'ART. 816-SEXIES DEL C.P.C.: GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO DAVANTI A EVENTI "INTERRUTTIVI".</i> .....	92
1. <i>Breve rassegna degli orientamenti antecedenti all'introduzione dell'art. 816-sexies c.p.c.</i> .....	92
2. <i>L'introduzione dell' art. 816-sexies c.p.c.</i> .....	95
3. <i>Presupposti di applicazione dell' art. 816-sexies c.p.c.</i> .....	97
4. <i>La possibilità di applicare all'arbitrato l'istituto dell'interruzione in caso di fallimento di una delle parti.</i> .....	99
5. <i>L' art. 83-bis l.f.</i> .....	102
6. <i>Gli effetti dell' art. 816-sexies: l'assunzione da parte degli arbitri delle misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio.</i> .....	105
7. <i>Il potere di sospensione del procedimento.</i> .....	108
8. <i>La facoltà di rinuncia all'incarico.</i> .....	109

<i>CAPITOLO 4: IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO IN RELAZIONE A SPECIFICI ASPETTI DELL' ARBITRATO RITUALE.</i>	112
1. <i>Contraddittorio e fissazione delle regole del procedimento arbitrale.</i>	112
2. <i>Contraddittorio e arbitrato di equità.</i>	115
3. <i>Contraddittorio e domanda arbitrale.</i>	116
4. <i>Contraddittorio e domande nuove.</i>	118
5. <i>Il principio del contraddittorio in relazione alla possibilità per le parti di sollevare eccezioni, depositare memorie e produrre documenti.</i>	120
6. <i>Effettività del principio del contraddittorio nella "fase istruttoria": divieto di istruzione segreta.</i>	123
7. <i>Segue. Contraddittorio ed obbligo di verbalizzazione.</i>	124
8. <i>Contraddittorio e diritto probatorio.</i>	126
9. <i>Contraddittorio e fatto notorio "ambientale".</i>	128
10. <i>Contraddittorio e consulenza tecnica.</i>	130
11. <i>Contraddittorio e giuramento decisorio.</i>	134
12. <i>Contraddittorio e motivazione.</i>	135

### PARTE TERZA

#### **IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO IRRITUALE.**

<i>CAPITOLO 1: L'ARBITRATO "CONTRATTUALE" ALL'INIZIO DEL XX SECOLO: NATURA DELL'ISTITUTO E COLLOCAZIONE SISTEMATICA RISPETTO ALLA DIMENSIONE GIURISDIZIONALE DELL' ATTUAZIONE DEL DIRITTO.</i>	138
1. <i>Introduzione.</i>	138
2. <i>La sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904.</i>	138

3. Le ricostruzioni della dottrina favorevole alla validità degli arbitrati contrattuali. ....	141
4. Segue. La teoria contrattualistica pura. ....	148
5. Opinioni dottrinali contrarie all'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale. ....	151
6. La posizione della giurisprudenza. ....	156

## CAPITOLO 2: ARBITRATO CONTRATTUALE E CONTRADDITTORIO COME "CANONE SOSTANZIALE" DI ERMENEUTICA NEGOZIALE..... 161

1. L'intervento del legislatore del 1942. ....	161
2. La posizione della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942: la tesi dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento. ....	162
3. Segue. Valutazioni della dottrina che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria dell'arbitrato, non concorda con l'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio nella transazione..	174
4. La posizione della giurisprudenza: le primi sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito dell'arbitrato contrattuale. ....	178

## CAPITOLO 3: ARBITRATO CONTRATTUALE E GIUDIZIO: IL CONTRADDITTORIO COME CANONE DALLA DIMENSIONE PROCESSUALE. .... 185

1. La teoria cd. unitaria dell'arbitrato: le tesi di Carnacini e Fazzalari. ....	185
2. La diffusione in dottrina della teoria cd. unitaria. ....	187

3. L' atteggiamento della giurisprudenza dopo la diffusione della teoria cd. unitaria: sopravvivenza della visione "sostanziale" del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale.....	191
---	-----

4. Segue. Sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio in quanto principio processuale. ....	199
--	-----

**CAPITOLO 4: IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO IRRITUALE A SEGUITO DELL' INTRODUZIONE DELL' ART. 808-ter C.P.C...** 204

1. La riforma dell'arbitrato: il nuovo art. 808-ter c.p.c. ....	204
---	-----

2. Il principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale dopo la riforma.....	215
---	-----

3. La giurisprudenza degli ultimi anni. ....	217
--	-----

<b>Conclusioni.....</b>	<b>219</b>
-------------------------	------------

<b>Bibliografia.....</b>	<b>220</b>
--------------------------	------------

<b>Ringraziamenti.....</b>	<b>247</b>
----------------------------	------------



## ***Introduzione.***

L'elaborato, attraverso il caleidoscopio di una prospettiva d'indagine comparatistica e diacronica, ha ad oggetto lo studio del principio del contraddittorio nell'arbitrato.

Si divide in tre parti.

La prima parte fornisce un'analisi preliminare circa la portata assiologica del principio in esame, alla luce del rapporto tra disposizioni codicistiche, principi costituzionali e regole sovranazionali. Particolare attenzione è stata riservata alla riforma costituzionale sul "giusto processo", analizzando le principali opinioni dottrinali che in tale contesto sono emerse e le implicazioni che tale garanzia costituzionale pone in relazione alle sentenze di "terza via".

Nella seconda parte si passa ad analizzare il rapporto tra contraddittorio e arbitrato rituale. Lo studio chiarisce dapprima la dimensione del contraddittorio fra il principio della libertà delle forme e i principi di ordine pubblico processuale. Nel dinamismo delle riforme che si sono succedute in materia, l'accento è poi posto sui singoli aspetti emersi in dottrina e giurisprudenza, in riferimento sia al *quomodo* che all' *ubi* di attuazione del principio. Particolare attenzione è riservata alla trattazione di quegli eventi che portano alla sospensione dell'arbitrato, garantendo così l'effettività del contraddittorio.

Nella terza parte è contenuta l'analisi dell'estensione del principio del contraddittorio all'arbitrato irrituale. Dal momento che a un differente inquadramento dell'istituto corrisponde una differente disciplina dei principi che lo regolano, si è provveduto ad una breve rassegna delle differenti ricostruzioni che di esso sono state date nel corso degli anni da dottrina e giurisprudenza a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione torinese del 27 dicembre 1904, la quale, per la prima volta in modo esplicito, ha riconosciuto la validità dei compromessi e dei lodi privati emessi senza il rispetto delle forme previste in tema di arbitrato regolato dal codice di

procedura civile. Attraverso una lettura sistematica dell'art. 808-ter c.p.c. è infine emersa la portata innovativa che, all'interno del panorama legislativo del nostro ordinamento, la disposizione presenta in quanto avente ad oggetto l'arbitrato contrattuale come istituto generale. L'accento critico è qui posto, in particolare, su quei punti che nonostante l'importante intervento legislativo risultano poco limpidi, prestando il fianco a letture contrastanti.

Nella stesura del presente lavoro si è preso gradualmente coscienza dell'innegabile rilevanza che il principio del contraddittorio riveste nell'arbitrato, in quanto strumento volto, nel rispetto delle garanzie delle parti, alla continua ricerca delle modalità mediante le quali possa prodursi la decisione più "giusta" possibile.

Familiarizzare con l'intima natura dell'arbitrato in quanto «omaggio alla volontà e alla buona volontà dei litiganti, un nobile e consapevole sacrificio della sovranità, detentrici della giurisdizione, alla libertà», ha permesso, inoltre, il ragguaglio di tematiche di teoria generale strettamente legate al tema trattato.

***PARTE PRIMA***  
***IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO: ANALISI***  
***DIACRONICA E PORTATA ASSIOLOGICA***

**CAPITOLO 1: CENNI SUGLI SVILUPPI STORICI DAL MEDIOEVO AL C.P.C.  
DEL 1942.**

**Sommario:** 1. *L'età medievale*; 2. *Il giusnaturalismo classico*; 3. *Il giusnaturalismo moderno*; 4. *Il principio del contraddittorio nel c.p.c del 1865*; 5. *Il principio del contraddittorio nel c.p.c. del 1942 secondo la sua "interpretazione tradizionale"*.

**1. L'età medievale.**

Da un punto di vista storico<sup>1</sup>, il principio del contraddittorio – la cui essenza veniva riassunta nel brocardo *audiatur et altera pars*<sup>2</sup> – costituì, a partire dalle elaborazioni medievali, il perno del processo.

L'*ordo iudiciarius* – cioè la procedura – ruotava infatti intorno all'*ordo substantialis*, un complesso di regole oggi riconducibili al principio del contraddittorio, che pervadeva il giudizio non solo in relazione all'atto introduttivo ma anche al sistema delle prove. In particolare, l'antitesi iniziale delle parti si risolveva nell'*ars opponendi e respondendi*, che assicurava la

---

<sup>1</sup> Le primissime tracce di contraddittorio necessario e doveroso sono rinvenibili nell'Antico Testamento ( *ex multis* cf. *Dt 19,15-20*; *Gen. 3,9*) sia per la difesa dei diritti di proprietà che per la punizione dei crimini. Le costanti attraverso cui si esplica sono la presenza dell'imputato, dell'accusa e l'intervento di almeno due testimoni.

<sup>2</sup> Sebbene il primo modello giuridico che assume importanza ai fini della presente ricerca sia quello romano (per ogni ulteriore approfondimento a riguardo si rinvia a PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo romano*) la paremia *audiatur et altera pars* sembra essere di origine greca.

Se nelle *XII Tavole*, I, 1, 1 si trova «*Si in ius vocat, vito. Ne it antestamino igitur em capito*» che stabilisce l'ordine coercitivo alla citazione di convenire in causa; già Seneca aveva scritto che «*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*» (*Medea*, 2, 199-200). Uno studio relativamente recente, tuttavia, dimostra che lo Pseudo Focilide (VI secolo a.C.) redasse una serie di massime morali in 230 esametri (tra le quali «prima di aver udito l'un e l'altro, non dar sentenza sulla loro lite»). Focilide di Mileto conosceva l'Antico Testamento ed era con ogni probabilità un giudeo ellenizzato. (Esulando dalla presente indagine le suggestioni che innumerevoli fonti della tragedia e commedia greca offrirebbero, cf. F. CANCELLI, *Note*, 381.)

reciprocità e l'uguaglianza fra le parti<sup>3</sup>. Inoltre, al fine di assicurare l'eguaglianza delle parti tra loro e nei confronti del giudice, secondo l'*ordo probationum* nessuna prova poteva essere posta a fondamento del giudizio se non fosse stata preventivamente sottoposta a vaglio critico<sup>4</sup>. Tale tipo di procedura, costruita su una versione forte del contraddittorio, è da considerarsi, secondo la nomenclatura proposta da Giuliani, "il modello puro di ordine isonomico"<sup>5</sup>. Si trattava di un *modus operandi* a cui veniva riconosciuto carattere necessario e necessitato: un'istanza di tipo etico dalla quale nessuno, neppure il papa, poteva prescindere. Le ragioni di fondo risiedono nella radicata convinzione della cultura giuridica dell'epoca che il contraddittorio costituisse lo strumento più idoneo per la ricerca dialettica della verità probabile<sup>6</sup>.

## 2. Il giusnaturalismo classico.

È nel passaggio dall'età medievale a quella moderna che si afferma la matrice giusnaturalistica classica della massima "*audiatur et altera pars*".

La centralità del contraddittorio non viene meno; il principio, anzi, viene annoverato tra gli *iura naturalia* e diventa, in quanto tale, inderogabile da parte del legislatore, civile o religioso che fosse. Si tratta di un passaggio cruciale perché proprio nella difficile configurabilità di un potere di deroga iniziano ad emergere i limiti di applicazione di queste regole, sia da parte del giudice che del principe.

Per porvi rimedio, già alla vigilia della codificazione processuale di Luigi

---

<sup>3</sup> PICARDI voce. *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. Dir.* XXXV, Milano, 1986, 115.

<sup>4</sup> ID., «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico culturali del contraddittorio*.

<sup>5</sup> GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, "Nuova retorica" e teoria del processo, in *Sociologia del dir.*, 1986, 81 e ss. La portata dello studio verrà meglio precisata in seguito.

<sup>6</sup> PICARDI, "*Audiatur et altera pars*", cit., 9.

XIV, seppur per settori specifici, iniziarono i primi interventi relativi *all'ordo iudiciarius*. Vennero così alla luce i primi modelli di processo sommario, destinati a specifiche controversie che evolveranno in un rito alternativo a quello ordinario, altamente deformalizzato e semplificato.

### 3. Il giusnaturalismo moderno.

Tra il XVII e XVIII secolo la concezione del fenomeno processuale subì un radicale mutamento: si passa infatti dall' "ordine isonomico" all' "ordine asimmetrico"<sup>7</sup>, impostato «sulla direzione del giudice, sull' autorità e sulla logica burocratica»<sup>8</sup>.

La funzione giudiziaria cambia profondamente: è affidata ad un giudice concepito come "*homo burocraticus*", che agisce secondo una logica burocratica e la cui attività era fungibile, prevedibile e controllabile. Il giudice perde la funzione di controllore e tutore dell' *ordo iudiciarius* e assume la «direzione di un processo a carattere pubblicistico ancorato allo *ius iurisdictionis*»<sup>9</sup>.

Si evidenzia, dunque, con il giusnaturalismo moderno, una progressiva linea di decadenza del principio del contraddittorio, accompagnata da una istintiva diffidenza per la controversia, per il dialogo e la testimonianza. Viene infatti abbandonata la metodologia dialettica della ricerca e il contraddittorio si trasforma «in una meccanica contrapposizione di tesi ed, in ultima istanza in una prova di forza»<sup>10</sup>. Il processo da strumento più idoneo alla conoscenza della verità dialettica degrada a «mera tecnica»<sup>11</sup>, costituita da un insieme di regole funzionali unicamente alla risoluzione delle controversie: al giudice e alle parti ormai non viene richiesto niente più che una correttezza formale e una stretta osservanza delle regole processuali.

---

<sup>7</sup> GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., 84.

<sup>8</sup> PICARDI, "*Audiatur et altera pars*", cit., 16 e ss.

<sup>9</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., 15 e ss.

<sup>10</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., 16.

<sup>11</sup> ID., *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 5.

Dalla classica concezione di una verità probabile si passa con fiducia alla concezione di una verità oggettiva e assoluta, suffragata peraltro dalla tendenza dell'epoca di svalutare la prova testimoniale e privilegiare la prova documentale, legale, precostituita: ciò segna il «passaggio dall' arte del dialogo all'arte della ragione»<sup>12</sup>.

Seppur si parli ancora di principio del contraddittorio, questo perde il riferimento originario al diritto naturale e alla sua portata etico-ideologica: non è più un' entità preesistente alle norme processuali a cui queste si dovrebbero ispirare, o meglio un' esigenza endoprocessuale, ma diventa il risultato di un procedimento di astrazione dalle singole norme particolari, declassandosi al ruolo di categoria secondaria tanto da perdere il collegamento con l' essenza del fenomeno processuale<sup>13</sup>.

Sebbene nel corso dell'età moderna si noti progressivamente un decadimento del contraddittorio e tale fenomeno si rafforzi nell'ambito delle codificazioni del secolo XIX, in occasione della codificazione avvenuta nel nostro paese a seguito dell' unificazione nazionale il legislatore si rifà alla matrice giusnaturalistica del principio. A tal proposito, risultano illuminanti le parole usate nella Relazione al Governo sul progetto di codice di procedura civile dal guardasigilli Pisanelli<sup>14</sup>, in cui è chiara la collocazione del fondamento del contraddittorio nella matrice giusnaturalistica.

Sarà il positivismo giuridico, alla fine del XIX secolo, a far esalare l'ultimo respiro alla funzione assiologica del contraddittorio, a quel «principio di ragione naturale che insegna la necessità del contraddittorio»<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> GIULIANI, *voce Prova (filosofia)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, 1988, 549 e ss.

<sup>13</sup> PICARDI, *"Audiatur et altera pars"*, cit., 17.

<sup>14</sup> PISANELLI, "Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al senato del regno del 26 novembre 1863" in GIANZIANA, *Codice di procedura civile preceduto dalle relazioni ecc*, IV TORINO 1889 n.38, p.21 , riportata da PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. Dir proc.* 1998, 675.

<sup>15</sup> MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile III*, Milano, 1923 , 234.

#### *4. Il principio del contraddittorio nel c. p. c. del 1965.*

Nel codice di procedura civile del 1865, il principio del contraddittorio è contemplato nell' art. 38, il quale stabilisce che «non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge».

Betti<sup>16</sup> identifica nel principio due fondamenti, uno logico e uno pratico.

Il fondamento logico è corollario «del pratico atteggiamento in ordine a una lite»<sup>17</sup> da parte del rapporto giuridico e dello status giuridico di un soggetto.

«Ogni rapporto giuridico ha essenzialmente una struttura bilaterale, imperniata sulla correlazione di potere e vincolo» e, quando tale rapporto viene fatto valere o viene contestato, ad un soggetto viene conferito il potere di soggetto attivo e all' altro si impone il vincolo di soggetto passivo<sup>18</sup>. Pure lo *status* personale, che in sé e per sé non si esaurisce in un rapporto giuridico, al fine della sua affermazione o contestazione in giudizio non si comporta diversamente, assumendo una rilevanza pratica solo nei confronti di un determinato soggetto.

La bilateralità del rapporto comporta, dunque, la bilateralità del processo in cui chi assume l' iniziativa (attore) fa valere in giudizio una ragione, affermando o negando un rapporto giuridico o uno stato personale, nei confronti di un altro soggetto (convenuto) che, rappresentando alla stregua della ragione sostenuta il suo designato avversario, è per definizione chiamato nel proprio interesse a contraddire alla domanda proposta dallo attore e contestare la ragione fatta valere.

Il fondamento pratico del contraddittorio è strettamente legato al fine del processo, la giustizia della decisione, che non potrebbe essere raggiunto se l'iniziativa processuale fosse lasciata a una sola delle parti, la quale, mossa dal proprio interesse, è naturalmente portata a prospettare i fatti di causa in

---

<sup>16</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1936, 87 ss.

<sup>17</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 88.

<sup>18</sup> ID., *Diritto processuale*, loc. cit.



modo parziale e incompleto, ponendo l'accento esclusivamente sui fatti a sé favorevoli (e magari simulandone l'esistenza) e tacendo quelli a sé sfavorevoli. Il rimedio a questo pericolo è costituito dal contraddittorio, in quanto il convenuto, mosso da opposti interessi, a sua volta è portato a prospettare i fatti di causa in modo parziale e incompleto, ponendo l'accento esclusivamente sui fatti a sé favorevoli (e magari simulandone l'esistenza) e tacendo quelli a sé sfavorevoli. In questo modo «per virtù del contraddittorio la esposizione di ciascuna parte si integra e si rettifica, in servizio della decisione giusta»<sup>19</sup>.

Dunque il contraddittorio rappresenta l'indispensabile complemento e correttivo dell' iniziativa processuale della singola parte, che agisce in funzione del proprio interesse, perché solo la "bilateralità dell' iniziativa", solo l'attività combinata delle parti, potrà assicurare al giudice un'esposizione dei fatti corretta e imparziale e gli strumenti per una giusta decisione<sup>20 21</sup>.

Tale meccanismo è però meramente eventuale, dal momento che il convenuto non ha l'obbligo ma solo la facoltà/onere di contraddire, e potrebbe anche non funzionare a causa della inattività della parte, integrando in questo caso il fenomeno del processo contumacia<sup>22</sup>. Infatti la mancanza effettiva del contraddittorio non necessariamente pregiudica la giustizia della decisione, alla quale si può approdare anche la cooperazione di una delle parti, seppur con maggiore difficoltà. Non sarebbe opportuno obbligare il convenuto a comparire visto che «l'efficacia della sua contraddizione è tutta fondata sulla spinta del suo interesse e quindi della sua libertà»<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> ID., *Diritto processuale*, loc. cit

<sup>20</sup> Su questo tema anni più tardi CALAMANDREI esprimerà simile opinione nel suo celebre saggio "*Il processo come giuoco*", in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 26 e ss. dove il risultato raggiunto nel processo realmente corrispondente e finalizzato alla giustizia, dipende dalla somma algebrica, dalla sintesi degli sforzi contrastanti delle parti che perseguono scopi più limitati e grettamente egoistici (tesi e antitesi).

<sup>21</sup> BETTI, *Diritto processuale*, cit., 88-89.

<sup>22</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 88.

<sup>23</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 89.

Carnelutti<sup>24</sup>, sulla stessa falsa riga, pone l'accento sul principio del contraddittorio come espressione della bilateralità dell'azione e sui pericoli insiti nella prospettazione dei fatti di causa effettuata da una sola delle parti (naturalmente portata dal proprio interesse a inventare fatti a sé favorevoli e a nascondere fatti a sé sfavorevoli).

Il contraddittorio «rappresenta così il complemento e il correttivo dell'azione di parte nel processo» ma, ancora una volta, viene sottolineato come la scelta se contraddire o meno sia rimessa alla libertà del convenuto, il quale potrebbe anche non avervi interesse: «il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sono ragioni per contraddire; se non ve ne sono, è un ingombro».

Come è stato messo in evidenza, le posizioni espresse dai predetti autori costituiscono «un completo ribaltamento della classica concezione giusnaturalistica»<sup>25</sup>, essendo il contraddittorio ormai divenuto un elemento accidentale all'interno degli atti che formano l'*iter* del processo. Un mezzo del processo e non un fine, la cui mancanza non pregiudica e non si pone in contrasto con lo scopo del processo, poiché la giusta decisione può raggiungersi pure senza la cooperazione delle parti. E, d'altra parte, il confronto tra la struttura (possibilità per il giudice di statuire sulla domanda solo se la stessa è stata preventivamente portata a conoscenza del convenuto) e la funzione (che è non solo quella di garantire l'uguaglianza delle parti, ma anche quella di perseguire l'interesse pubblico all'accertamento della verità e di realizzazione della giustizia) del contraddittorio porta a rilevare una «parziale discrepanza» tra le stesse, dal momento che la ricerca della verità e della giustizia richiederebbero in ogni caso l'effettiva attuazione del contraddittorio e non l'astratta possibilità dello stesso<sup>26 27</sup>.

---

<sup>24</sup> CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, II, 154 ss.

<sup>25</sup> PICARDI, «*Audiatur et altera pars*» cit., 19.

<sup>26</sup> In tal senso A. PROTO PISANI, *Sub art. 101 c.p.c.*, in *Comm. Allorio*, Torino 1973, 1085-1086.

Tali Autorevoli dottrine trovavano una loro giustificazione nel mutamento di prospettiva del processo, avvenuto sin dal primo dopoguerra, sotto l'influsso della teoria normativa del diritto, in cui finiva per prevalere la ricostruzione del processo come *sub specie* del procedimento, consentendo una ricostruzione più rigorosa della normativa del processo, (in particolare dello studio dell'atto processuale), lasciando il contraddittorio, nell'ambito di tale concezione, ai margini del processo<sup>28</sup>. L'identificazione tra procedimento e processo, la sussunzione del procedimento giurisdizionale e amministrativo sotto un'unica categoria, era posta allo scopo di poter innestare nel procedimento amministrativo le stesse garanzie di giuridicità proprie del diritto processuale giurisdizionale<sup>29</sup>. Ciò portò, però, a svalutare le notazioni non comuni ai due tipi di procedimento come il contraddittorio, che di fatto non si riscontrava nel procedimento amministrativo e per cui in quest'ottica finisce per costituire un mero accidente. La più alta svalutazione del contraddittorio si avrà, però, sul finire degli anni '30 in Germania, in un progetto dove si mirava ad abolire totalmente il contraddittorio dal processo civile, riducendo il processo in uno schema ufficioso di giurisdizione volontaria<sup>30</sup>.

##### *5. Il principio del contraddittorio nel c.p.c. del 1942 secondo la sua "interpretazione tradizionale".*

Dall'art. 38 del codice di procedura civile del 1865 si passa all'art. 101 del codice di procedura vigente, il quale rubricato "Principio del contraddittorio",

---

<sup>27</sup> Tale «insufficienza» del principio di uguaglianza delle parti (e del contraddittorio, che ne costituisce espressione) al fine della ricerca della verità in assenza di un'effettiva partecipazione degli interessati è messa in evidenza da chi individua nella più evoluta regola di collaborazione tra le parti e il giudice il principio che dovrebbe regolare il processo: in tal senso E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 589 ss.

<sup>28</sup> PICARDI, *"Audiatur et altera pars"*, cit., 17

<sup>29</sup> MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 211 e ss.

<sup>30</sup> BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, 583.

prevede che: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa».

Si tratta di una visione formale e statica del contraddittorio<sup>31</sup>, ispirata ai principi liberali dello stato di diritto.

Il bene che si intende garantire attraverso l'attuazione del principio è l'uguaglianza delle parti nella fase iniziale del processo, «mentre non è rilevante [o, meglio, non lo è dal punto di vista costituzionale] un'esigenza di tutela ulteriore, la quale tenga conto dell'eventualità che l'eguaglianza, astrattamente assicurata «a priori», possa poi anche non tradursi in garanzie concrete, nel corso del giudizio»<sup>32</sup>.

La concezione tradizionale del contraddittorio si connota dunque come garanzia per una parità dei punti di partenza tra le parti attraverso il momento informativo della *vocatio in ius*, senza un' estensione dinamica del principio in grado di assicurare una effettiva parità tra i contendenti durante tutto il corso del giudizio. La garanzia prevista è che il soggetto contro il quale è proposta la domanda sia stato ritualmente citato in giudizio, affinché possa spiegare le proprie difese se lo ritiene opportuno.

In realtà però, secondo l'unanime dottrina<sup>33</sup> non si tratta di un obbligo di comparire ma di un mero onere. La legge non si preoccupa che il convenuto comparisca effettivamente, ma semplicemente che gli venga offerta tale possibilità garantita dalla regolarità della citazione, onde per cui il contraddittorio costituisce una condizione per la trattazione del merito, ovvero un presupposto processuale. Ciò che conta, dunque, è che ad ognuno sia offerta la possibilità di avvalersi della struttura dialettica del processo, nel rispetto della sua libertà di comparire o meno.

---

<sup>31</sup> 31 Alla quale aderisce, per esempio, F. BENVENUTI, voce Contraddittorio (dir. amm.), in Enc. dir., IX, Milano 1961, 738.

<sup>32</sup> 32 La definizione è di L.P. COMOGLIO, Contraddittorio, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., IV, Torino 1989, 3.

<sup>33</sup> ANDRIOLI *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1957, I, 282-283.

Alla nozione di contraddittorio, inteso come esigenza imprescindibile e immanente al processo e configurabile come una vera e propria “coazione al contraddittorio” (che per secoli ha dominato il “processo comune” dell’età moderna), si sovrappone così la nozione di “libertà del contraddittorio”, intesa come facoltà della parte di giovarsene o meno qualora lo ritenga opportuno nel proprio interesse<sup>34</sup>.

Pur non essendo ancora rilevante in quel periodo l’esigenza di una tutela ulteriore, che prenda in considerazione l’eventualità che l’uguaglianza astrattamente assicurata all’inizio del processo possa poi anche non tradursi in una garanzia concreta nel corso del giudizio<sup>35</sup>, dal fatto che il contraddittorio con l’art. 101 del codice del ‘42 sia stato rubricato sotto la dizione di principio sembrerebbe di doversi desumere che sia condizione necessaria per la decisione non solo la citazione in giudizio della parte ma anche la sua effettiva presenza in giudizio. La dottrina, peraltro, unanimemente affermò l’insostenibilità dell’interpretazione letterale della disposizione<sup>36</sup>.

Infine, dal momento che è fatta salva la possibilità per la legge di prevedere che il giudice possa pronunciare sulla domanda di parte anche indipendentemente dalla citazione in giudizio del convenuto, la regola, sulla base della lettera della norma, è quella dell’attuazione del contraddittorio prima che il giudice pronunci il proprio provvedimento; l’eccezione è che sia possibile una pronuncia indipendentemente dall’instaurazione del contraddittorio. Nell’ottica del legislatore del 1942 è sufficiente che tali eccezioni siano contenute in disposizioni di legge e non in regolamenti o atti di autonomia privata.

---

<sup>34</sup> COLESANTI , *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 582 e ss.

<sup>35</sup> COMOGLIO , *Contraddittorio*, *Dig.Disc. Priv., sez.civ.,IV*, Torino 1989, 3.

<sup>36</sup> V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1957, I, 282-283.

## ***CAPITOLO 2: LE GARANZIE COSTITUZIONALI DEL CONTRADDITTORIO.***

*Sommario: 1. Il principio del contraddittorio ex art. 101, comma 1, c.p.c. secondo la sua interpretazione “costituzionalmente orientata”; 2. Sensibilità nuova intorno al giudizio e recupero dell’idea classica di contraddittorio; 3. Il contraddittorio come strumento dialettico di una verità probabile; 4. Contraddittorio e “giusto processo”: la riforma dell’art. 111 Cost. nel dibattito dottrinale italiano; 5. Segue. Il «giusto processo»; 6. Segue. «Regolato dalla legge»; 7. Segue. Il «contraddittorio tra le parti in condizione di parità»; 8. Segue. La terzietà e imparzialità del giudice; 9. Segue. La ragionevole durata del processo; 10. Il “giusto processo” come presupposto al divieto dei giudizi di “terza via”: la teoria garantista; 11. La contrapposizione della teoria sostanzialista; 12. Il modello strumentale di giustizia procedurale; 13. Le novelle del 2006 e del 2009: l’ art. 384, comma 3, c.p.c. e l’art. 101, comma 2, c.p.c.*

*1. Il principio del contraddittorio ex art. 101 comma 1° c.p.c. secondo la sua interpretazione “costituzionalmente orientata”.*

L’interpretazione tradizionale dell’art. 101 c.p.c. è superata a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la quale ha imposto una nuova lettura anche delle norme processuali e la necessità di una interpretazione più ampia del principio del contraddittorio, che rendesse compatibile la disposizione dell’art. 101 c.p.c. con i principi costituzionali: in particolare con l’ art. 3 comma 1 («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, ecc..») e l’ art. 24 comma 2 («La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento») della Costituzione.

L’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, garantita in via generale dall’art. 3 Cost., nell’ottica di una lettura “costituzionalmente orientata” ha come necessario corollario l’uguaglianza all’interno del procedimento che

porta alla formazione dell'atto giudiziale; e lo strumento tecnico che informa la struttura del processo e attraverso il quale viene garantita tale eguaglianza è precisamente il contraddittorio<sup>37</sup>.

L'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo ex art. 24, comma 2, Cost, in virtù soprattutto della funzione concretizzante esercitata dalla Corte costituzionale, è stata intesa non solo come espressione della mera esigenza della difesa tecnica ma del più corposo principio di uguaglianza ex art. 3 comma 1, Cost., affermandosi per tale via l'elevazione del contraddittorio al rango di garanzia costituzionale<sup>38</sup> in quanto anch'esso espressione del principio di uguaglianza<sup>39</sup>. Tale lettura ha messo in evidenza come la parità di condizioni di partenza tra le parti sia una condizione necessaria ma non sufficiente a tutelare le posizioni delle parti stesse, le quali devono essere messe in condizione di far valere paritariamente le loro ragioni per tutta la durata del processo e in relazione a ogni tipo di attività che si svolge al suo interno.

Si afferma così una differente idea di contraddittorio, di tipo non formale ma sostanziale, «nel senso che le parti devono poter svolgere le loro difese in modo pieno e senza arbitrarie limitazioni: qualunque disposizione legale in contrasto con queste regole deve considerarsi incostituzionale e perciò invalida»<sup>40</sup>.

Si è parlato in dottrina di "effettività del contraddittorio", intesa non tanto come effettiva partecipazione al giudizio della parte quanto come reale possibilità, per le parti, «di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia

---

<sup>37</sup> COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 584.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 499 e ss.

<sup>39</sup> PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, 2002, 203.

<sup>40</sup> In tal senso E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore - Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese 1968, 130-134.

alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice»<sup>41</sup>. Difatti il principio di effettività del contraddittorio deve prolungarsi per tutto il corso

del processo<sup>42</sup>, compreso il momento probatorio, non solo nei confronti degli atti della controparte ma anche verso quelli del giudice. Le attività delle parti devono essere tutelate in modo tale che possano far valere paritariamente le loro ragioni in modo continuativo ed in relazione ad ogni tipo di azione processuale<sup>43</sup>. Dunque violerebbe l'art 24, comma 2, Cost. ogni norma congegnata in termini tali da non garantire l'effettivo esercizio del contraddittorio per tutto il corso del processo, o da renderne l'esercizio estremamente difficile (dato che deve essere assicurato in ogni grado verso cui il processo progredisca).

Un importante compito di integrazione del sistema è stato svolto dalla giurisprudenza della Consulta che, nel corso degli anni '60 e '70 del secolo scorso, al fine di concretizzare i principi costituzionali ha offerto, attraverso la pronuncia di numerose sentenze<sup>44</sup>, una rilettura delle norme vigenti (talora integrandole, talora dichiarandone l'incostituzionalità<sup>45</sup>) soprattutto

---

<sup>41</sup> Così G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino 1959, 460.

<sup>42</sup> Il principio del contraddittorio non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo. La sentenza emessa dal giudice prima della scadenza dei termini dal medesimo fissati ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e memorie di replica dà luogo a nullità del procedimento (art 156 comma 2) e della sentenza (art.159 comma 1) provocando la violazione del suddetto principio, essendosi impedito ai difensori delle parti di svolgere la completezza del diritto di difesa (Cass. 3.6.2008, n. 14657). Secondo altra giurisprudenza: il principio del contraddittorio dell'art 101 c.p.c. intimamente connesso con gli art. 3 e 24 Cost. garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo, quindi non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo, tanto che la violazione del contraddittorio comporta la nullità dell'intero giudizio, con la conclusione che la sentenza che lo conclude non è idonea a porre in essere statuizioni suscettibili di trasformarsi in cosa giudicata se non impugnate (Cass. 29.11.2005, n. 26040).

<sup>43</sup> Secondo DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, 395 e ss., l'art. 101 c.p.c. esprime l'esigenza e la necessità che il contraddittorio venga assicurato per tutto il corso del processo e, in particolar, prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d'ufficio. L'Autore prende nettamente le distanze dalla dottrina tradizionale che aveva svalutato il principio del contraddittorio, riducendola a regola di mera uguaglianza formale tra le parti.

<sup>44</sup> *ex multis*: C. cost. 18 giugno 1971, n. 151; C. cost. 27 giugno 1975, n. 202; C. cost. 5 marzo 1981, n. 42.

<sup>45</sup> a mero titolo d'esempio, gli artt. 247 e 248 c.p.c.



alla luce dell'art 24 Cost., con un' idea di contraddittorio non più formale ma sostanziale.

La Corte costituzionale ha ritenuto legittimo che il diritto di difesa comporti sempre l'assistenza di un difensore tecnico (e perciò preveda strumenti di assistenza giudiziaria per i non abbienti ex art 24, comma 3, Cost.), il diritto di provare fatti e appunto il principio del contraddittorio, nel senso che ogni atto del giudice deve passare attraverso il reciproco controllo delle parti.

## *2. Sensibilità nuova intorno al giudizio e recupero dell'idea classica di contraddittorio.*

Nell'ottica della valorizzazione del principio del contraddittorio si avvertono, negli studi del secondo dopoguerra, segni di un diverso atteggiamento nei confronti del principio del contraddittorio e del processo: c'è una sensibilità nuova per la problematica del giudizio, volta a rendere possibile un recupero dell'idea classica di contraddittorio come nucleo centrale del processo<sup>46</sup> e a chiarire le idee su cosa significhi giudicare<sup>47</sup>.

Carnelutti, riflettendo sullo stato della scienza processuale, si è reso conto che gli studi condotti fino a quel momento si fossero in un certo senso fermati all' "esteriorità e anatomia" del processo, ad un processo concepito come una costruzione formale (come singoli atti e fasi processuali); e ciò perché la scienza giuridica aveva separato la forma, la realtà organica del processo, dal suo nucleo vitale, il giudizio, che rappresenta l' azione intorno a cui si organizza e vive quella costruzione processuale<sup>48</sup>.

Non si sapeva più che cosa significasse giudicare, per questo era necessario restituire al processo il volto di giudizio, coordinando armonicamente la dimensione organica del processo con la dimensione del

---

<sup>46</sup> PICARDI, *"Audiatur et altera pars"*, cit., 19-20.

<sup>47</sup> CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio* in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1949, 168.

<sup>48</sup> CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, cit., 167 e ss.

giudicare. Di fronte alla esortazione “torniamo al giudizio”<sup>49</sup>, si risveglia lo interesse del giurista per i meccanismi di formazione del giudizio e principalmente per il contraddittorio e l’ intima “connaturalità” tra processo e giudizio è stata lo stimolo per il recupero del giudizio e del contraddittorio come punti centrali dell’ esperienza processuale<sup>50</sup>.

Anche Satta si interroga sullo scopo del processo e finisce col sostenere che l’ unico scopo che si può assegnare al processo è il giudizio ma, non trattandosi di uno scopo esterno al processo in quanto «il processo non è altro che giudizio e formazione del giudizio», lo scopo del processo è intrinseco a sé stesso, con l’inevitabile corollario che «processo e giudizio siano atti senza scopo»<sup>51</sup>.

Calamandrei, invece, consapevole del divorzio tra scienza del processo e scopi pratici della giustizia, rivolge la sua preoccupazione alla scissione tra processo, inteso come complesso di forme esteriori, e giudizio, inteso come la vita di cui dovrebbe esserne espressione e a cui dovrebbe servire. Esorta ad un rinnovamento metodologico degli studi<sup>52</sup> ma, in disaccordo con Satta, afferma che lo scopo del processo è ricerca della verità o meglio ancora della giustizia<sup>53</sup>. Quanto alla carneluttiana impellente necessità di un ritorno al giudizio che rischierebbe di condurre ad un nuovo formalismo, per Calamandrei, invece, si prospetterebbe come caposaldo un ritorno allo scopo, al fine di individuare i valori che diano sostegno al processo, aprendo ad una concezione funzionale del processo che sostituisce o quantomeno affianca la tradizionale concezione strutturale. Affinché il processo possa veramente essere utile al raggiungimento della giustizia la decisione deve essere rappresentato come un meccanismo fondato sul contraddittorio, in cui tesi contrastanti trovano una loro dimensione unitari e la libertà si manifesta nel

---

<sup>49</sup> ID., *Torniamo al giudizio*, cit., 165.

<sup>50</sup> CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza e varietà* in *Opere*, V, Milano, 1959, 71.

<sup>51</sup> SATTA, *Il mistero*, cit., 280-281.

<sup>52</sup> CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1950, 278 e ss.

<sup>53</sup> ID., *Processo e giustizia*, cit., 283 e ss.

potere di partecipazione<sup>54</sup>. L'attuazione formale del contraddittorio e del dialogo processuale diventano uno strumento indispensabile nel processo, sia nell'interesse della giustizia che del giudice il quale, proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte tesi e nella collaborazione delle parti nella ricerca della verità, trova senza fatica il miglior mezzo per conoscere la realtà dei fatti<sup>55</sup>.

Fazzalari<sup>56</sup>, invece, pur ribadendo l'appartenenza del procedimento e del processo ad un genere comune<sup>57</sup>, ha utilizzato il principio del contraddittorio come elemento di diversificazione tra i due, chiarendo che nel processo, oltre alle caratteristiche proprie del procedimento, si riscontra, seppur in forme talvolta diverse, un' effettiva equivalenza tra i vari partecipanti mediante posizioni simmetricamente paritarie e implicate tra loro: in pratica c' è processo quando nell' *iter* di formazione di un atto c' è contraddittorio<sup>58</sup>. Dunque nella peculiarità del contraddittorio, che viene definito "la struttura dialettica del procedimento", è agevole reperire la caratteristica strutturale del processo e quei particolari tipi di procedimento che si giovano di una struttura che prevede un contraddittorio si definiscono processi. Secondo l' Autore va respinta la concezione di processo prospettata da Carnelutti, secondo cui c'è processo solo in presenza di un conflitto di interessi, o da Benvenuti<sup>59</sup>, per il quale vi è processo quando partecipi alla formazione dell'atto un soggetto portatore di un interesse distinto da quello dell'Autore dell'atto stesso. Si potrà parlare di processo solo in quanto si constati l'esistenza di una struttura e di uno svolgimento dialettici, in assenza dei

---

<sup>54</sup> ID., *Processo e democrazia*, Padova 1954, 128 e ss.

<sup>55</sup> ID, *Processo e democrazia*, loc. cit.. e nella ricostruzione affrontata da TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 965 e ss.

<sup>56</sup> FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, 861 e ss..

<sup>57</sup> Il processo sarebbe infatti una *species* del *genus* procedimento: esso si caratterizzerebbe per il fatto di essere (in quanto procedimento) una sequenza di norme ciascuna delle quali regolante una condotta che avrebbe come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da un'altra norma della serie.

<sup>58</sup> PICARDI, "*Audiat et altera pars*", cit., 20 e ss.

<sup>59</sup> BENVENUTI F., voce *Contraddittorio* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.

quali risulti vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto di interessi.

Sebbene la centralità del contraddittorio e la sua natura dialettica emergano in tutta la loro portata, la concezione di Fazzalari risulta ancora legata all'aspetto formale del contraddittorio. Infatti il rispetto del principio si pone da un lato in una dimensione necessaria per l'esistenza del processo stesso, ma dall'altro lato risulta del tutto pleonastico proprio perché disattendibile e, dunque, priva di un significato in grado di giustificarne la centralità e di superarne una concezione puramente estetica.

Difatti il giudice, pur dovendo svolgere il contraddittorio, poteva non tener conto o addirittura disattendere ciò che è stato dalle parti posto in discussione, quindi poteva verificarsi la pronuncia di sentenze che nulla, o poco, avevano a che vedere con quanto sostenuto dalle parti, evidenziando una pubblica funzione del giudice slegata dalla posizione cui erano giunte le parti in ragione dello scontro dialettico dei rispettivi argomenti.

L'orientamento prevalente si basava ancora sulla convinzione che procedimento e processo appartenessero allo stesso genere, sia per la loro comune caratteristica di trattarsi di schemi che si risolvono in una successione ordinata di atti, che per la loro riconducibilità allo stesso tipo di razionalità. In questo frangente il contraddittorio non rappresenta una esigenza imprescindibile, immanente al processo, poiché «non attiene direttamente al momento fondamentale del giudizio». La sua funzione si esaurisce nell'assicurare alle parti una situazione di simmetrica "parità delle armi", mediante una «meccanica contrapposizione di tesi e, quindi in ultima analisi, in uno strumento di lotta»<sup>60</sup> dove le armi sono sostituite dalle argomentazioni: una dialettica del processo intesa come una concatenazione logica che collega ciascun atto compiuto da soggetti diversi<sup>61</sup>. Ogni atto processuale della parte diventa l'occasione, concessa alla controparte, di

---

<sup>60</sup> ID., *"Audiatur et altera pars"*, cit., 21.

<sup>61</sup> CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 27.

reazione e risposta all'atto precedente: «il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco»<sup>62</sup>.

Relativamente a tale dialettica processuale, implicante una ricostruzione del contraddittorio dialettico-formale riferibile ad un «gioco sottile di ingegnosi ragionamenti», una gara di abilità dove «ciascun competitore prima di fare un passo deve cercare di prevedere, con attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa», Calamandrei rinnova la sua brillante interpretazione chiudendo bruscamente il suo celebre saggio, «Il processo come giuoco», con queste parole: «Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco...Bisogna avvocati e giudici, far di tutto perché questo non sia: e perché il processo serva alla giustizia»<sup>63</sup>.

### *3. Il contraddittorio come strumento dialettico di una verità probabile.*

La posizione paritaria delle parti garantita dal contraddittorio nella sua veste di precetto costituzionale, «cessa di essere il platonico riconoscimento di un diritto naturale di eguaglianza e diventa strumento positivo di ricerca della verità»<sup>64</sup>. L'effettività del contraddittorio comporta non solo una mera partecipazione al giudizio della parte, ma l'attuazione di un sistema di collaborazione tra parti e giudice; la reale possibilità «di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice»<sup>65</sup>.

Da questo punto di vista il contraddittorio viene di nuovo spostato al centro del fenomeno processuale, diventando il cardine della ricerca

---

<sup>62</sup> ID., *Il processo come giuoco*, loc. cit.

<sup>63</sup> ID., *Il processo come giuoco*, cit., 51.

<sup>64</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, 589-590.

<sup>65</sup> MARTINETTO, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Nss D.I.*, IV, Torino, 1959, 460.

dialettica condotta con la collaborazione delle parti<sup>66</sup>. Da strumento di lotta tra le parti si trasforma in strumento dialettico di una verità probabile<sup>67</sup>, perché non è possibile raggiungere una verità oggettiva ed assoluta, ma l'unica verità umanamente conseguibile è una verità relativa, nell'ambito del probabile e del ragionevole<sup>68</sup>.

Il processo non è più costruito su un ordine asimmetrico, con la supremazia di un giudice autoritario che decide prevalentemente sulla base di prove precostituite, ma viene impostato su un ordine isonomico che assicuri reciprocità ed uguaglianza fra le parti. Il giudice diventa il garante di una procedura legata ad una metodologia di ricerca dialettica della verità,

condotta con la collaborazione delle parti. Una ricerca svolta prevalentemente in termini negativi, individuando le strade impercorribili, selezionando ed eliminando le argomentazioni erronee e scorrette<sup>69</sup>.

Il cardine del nuovo orientamento consiste soprattutto nella convinzione che il contraddittorio si risolva nella regolamentazione del dialogo, in modo da assicurare reciprocità ed uguaglianza sostanziale<sup>70</sup>, non solo alle parti, ma anche tra parti e giudice.

Da un punto di vista funzionale e dinamico, il contraddittorio, assicurandosi una posizione di centralità nel giudizio, mira, perseguendo un pubblico interesse, anche all'accertamento della verità ed alla realizzazione della giustizia, affinché il processo possa approdare a decisioni oltre che formalmente corrette, anche sostanzialmente giuste o almeno con una maggior probabilità di risultare tali.

---

<sup>66</sup> PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico culturali del contraddittorio*. in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2003, 22.

<sup>67</sup> GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti X Convegno nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano 1975, 169.

<sup>68</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 229 e ss.

<sup>69</sup> ID., *Manuale*, loc. cit.

<sup>70</sup> ID., *Manuale*, cit., 229 e ss.

4. *Contraddittorio e “giusto processo”: la riforma dell’art. 111 Cost. nel dibattito dottrinale italiano.*

La consacrazione del principio del contraddittorio a livello di precetto costituzionale, operata dal coordinamento dell’ art. 101 c.p.c. con gli artt. 3 e 24 Cost., trova successivamente una esplicita affermazione nel testo dell’ art. 111 Cost. novellato dalla legge costituzionale 2/1999.

Già in precedenza parte della dottrina aveva individuato la portata del concetto di “giusto processo” ravvisandone il nucleo essenziale nelle garanzie di carattere processuale presenti nella nostra Carta costituzionale e, volgendo lo sguardo alle origini storico-culturali di tale valore, ne aveva evidenziato il collegamento con il concetto di *Due process of law*<sup>71</sup>, proprio degli ordinamenti di *Common Law*, e con le disposizioni sulle garanzie processuali presenti nelle convenzioni internazionali in materia di diritti umani<sup>72</sup>.

Analogamente la nostra Corte costituzionale aveva desunto dall’art. 24 della Costituzione la garanzia dello svolgimento di un processo giusto<sup>73</sup>, senza però operare quel collegamento, auspicato dalla dottrina, con i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, in riferimento al concetto di

---

<sup>71</sup> Si tratta di quella corrente di pensiero che, prendendo le mosse dalle riflessioni di CALAMANDREI, *“Processo e giustizia”*, in *Riv dir proc.*, 1950, I, 282 e COUTURE, *“La garanzia costituzionale del dovuto processo legale”*, in *Riv dir proc.*, 1954, I, 81, «contribuisce alla concretizzazione delle garanzie processuali costituzionali» e «dialoga con la giurisprudenza sul terreno della legittimità costituzionale verificata nel concreto», come rileva TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in *Atti del convegno dell’ Elba*, 36 ivi 44; ID., *Il nuovo art.111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 31. *Ex multis*: DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*; COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova 1970, 155.

<sup>72</sup> ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il processo giusto*, in *Temi Rom.*, 1964, 444.

<sup>73</sup> I primi riferimenti espliciti al principio del “giusto processo” sono operati dalla Corte costituzionale in alcune decisioni a partire dalla metà degli anni ’80 redatte dal giudice Andrioli, già sensibile alla riflessione su tali temi. Cfr. ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il processo giusto*, *temi romana*, 1964, 444, ivi 455; ID., *Un po’ di “Materiellejustizrecht”*, in *riv trim*, 1984, 960. Vi è poi un secondo gruppo di sentenze negli anni ’90 che, oltre a richiamare la nozione di giusto processo, ne individua il significato e le implicazioni qualificandolo al rango di vero e proprio principio costituzionale.

giusto processo ed all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>74</sup>.

Sulle considerazioni della dottrina riguardo all'art. 111 Cost. è doveroso premettere che le disposizioni con cui si sono prevalentemente misurati gli studiosi del processo civile sono quelle contenute nei primi due commi dell'articolo riformato, relative ad ogni tipo di processo giurisdizionale, essendo i commi terzo, quarto e quinto riferibili in maniera specifica al processo penale.

Nel testo dell'art. 111 Cost. si parla di «giusto processo regolato dalla legge», di svolgimento del processo «nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità», di «giudice terzo ed imparziale», di sua ragionevole durata.

Di fronte a tali disposizioni vi è stato chi, ritenendo che tali garanzie fossero già tutte desumibili da altre norme costituzionali, ne ha ritenuto inutile la ripetizione in una nuova norma costituzionale<sup>75</sup>. Altri autori però, pur ritenendo che alcune di queste garanzie fossero già presenti nel nostro ordinamento, hanno intravisto alcuni elementi di novità nell'art. 111 Cost. riformato. Tali elementi sono stati rinvenuti nella locuzione “*regolato dalla legge*”, nell'enunciazione esplicita del principio di imparzialità del giudice come valore distinto da quello dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri, e nella garanzia di ragionevole durata del processo, disposizione cui è stata riconosciuta grande valenza innovativa. Grazie a tale espressione, è stato detto, si fa entrare nel processo il valore dell'efficienza, ufficialmente rivestito del prestigio costituzionale<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> L' articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell' Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge del 4 agosto 1955 n. 848, sotto la rubrica “Diritto ad un processo equo”, stabilisce che ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale.

<sup>75</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in *Atti del convegno dell' Elba*, 36 ivi 46.

<sup>76</sup> In questo senso PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241, ivi 242, secondo cui tale principio era prima desumibile implicitamente dal combinato disposto degli art. 24, comma 1, e art. 3, comma 2, o dall'art. 97, comma 1.



Parte della dottrina individua, poi, un'ulteriore portata innovativa della norma in esame nel richiamo che la locuzione "giusto processo" opera alla unitarietà dell'insieme delle garanzie processuali ed al loro significato relazionale. Tale norma andrebbe quindi interpretata come un'indicazione di metodo in virtù della quale le diverse garanzie processuali non vanno intese come entità a sé stanti, ma necessariamente coordinate fra loro e controbilanciate anche dal valore della efficienza<sup>77</sup>.

L'ulteriore implicazione attribuita al principio del "giusto processo" in considerazione delle sue radici storiche sopranazionali consente di superare la chiusura dell'ordinamento nazionale rispetto agli insegnamenti offerti dalla giurisprudenza della Corte europea, che entrano così nel novero degli elementi interpretativi ai fini determinazione delle conseguenze che da quella nozione discendono<sup>78</sup>.

##### *5. Segue. Il «giusto processo».*

All'art. 111 Cost. il legislatore afferma che la giurisdizione si attua mediante "giusto processo". Ad alcuni tale formulazione è parsa retorica, priva di qualunque portata precettiva<sup>79</sup>. Secondo altri il suo significato rimanderebbe all'"ingiustizia" del modello di processo fino ad ora celebrato: altrimenti, si dice, la nuova norma non sarebbe stata necessaria<sup>80</sup>; e, quindi, sarebbe giusto quel processo che sia conforme ai nuovi criteri introdotti dal

---

<sup>77</sup> In questo senso si esprime TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Atti del convegno dell'Elba*, 36 ivi 49.

<sup>78</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Atti del convegno dell'Elba*, 36 ivi 53; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479.

<sup>79</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 e 258 il quale, negando valore innovativo e precettivo al nuovo art. 111 Cost. in relazione al processo civile, pone l'attenzione sulla distinzione tra processo giusto, rispettoso delle garanzie consacrate nella Costituzione, e processo opportuno relativo alle scelte di politica del diritto del legislatore ordinario.

<sup>80</sup> CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 42, ivi 48 afferma che il legislatore costituzionale «con l'aggettivo "giusto" ha voluto sottolineare che il processo deve essere conforme a quanto è scritto in Costituzione, mentre a suo avviso non lo era la versione che dal 1992 al 1998 la Corte, sostituendosi al legislatore, intendeva fornirne».

legislatore nel secondo comma dell'articolo 111<sup>81</sup> Cost. Ancora, secondo tale orientamento, la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., attribuirebbe ad ogni cittadino il "diritto al giusto processo", rendendo così possibile denunciare in astratto e in generale, la difformità del modello processuale da quello previsto dalla Costituzione<sup>82</sup>.

"Giusto processo" è stato anche interpretato<sup>83</sup> come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, comma 1 e 2, Cost. e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata è l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 255, ivi 256.

<sup>82</sup> ID, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Elba*, 255, ivi 259 spiega come fino a ieri, la conformità delle norme processuali ai principi costituzionali doveva essere valutata in concreto: il giudice remittente e poi il giudice delle leggi, erano tenuti a verificare se la disposizione di legge ordinaria, quale concretamente applicata violasse o no, in concreto, le singole garanzie processuali enunciate in costituzione. Il novellato art. 111 Cost. invece imporrebbe un mutamento di prospettiva, attribuendo a ciascuno dei consociati il diritto "al giusto processo" indipendentemente dalla concreta applicazione della normativa processuale; in un'ottica simile si pone BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 488 il quale individua una valenza diretta, ossia non mediata dal legislatore, delle garanzie del giusto processo, immaginando che esse siano fonti di diritti della persona la cui violazione da parte dello Stato possa essere fatta valere in giudizio, come ogni altro diritto, da parte della persona lesa, portatrice di una pretesa risarcitoria. Questa è la prospettiva, in cui opera la Corte di Strasburgo, ma anche, nel nostro ordinamento la l. 24 marzo 2001 n. 89, che riconosce il diritto all'equa riparazione. Secondo questo Autore la tutela offerta a tale pretesa risarcitoria dovrebbe essere estesa anche alle altre garanzie processuali e concepita non solo in riferimento alla CEDU ma anche alla nostra Carta costituzionale. Un'ulteriore efficacia diretta è riconosciuta da tale Autore nell'affermare «che i principi costituzionali del "giusto processo, in mancanza di norme ordinarie specifiche rivolte alla loro concretizzazione, possano e debbano attuarsi direttamente tramite la sanzione dell'invalidità dell'attività processuale compiuta in loro violazione».

<sup>83</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242.

<sup>84</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 36 ivi 45.

Altra parte della dottrina assegna alla locuzione il significato di norma “aperta” attraverso la quale, anche in futuro, potrebbero trovare ingresso nel nostro ordinamento ulteriori garanzie processuali individuate dalla Corte costituzionale quali elementi costitutivi del giusto processo<sup>85</sup>.

In contrapposizione agli orientamenti sopra riportati si pone chi, pur condividendo la tesi che individua nella formula “giusto processo” un richiamo alla relazione fra le singole garanzie processuali menzionate dall’art. 111 e da altre disposizioni costituzionali, riconosce alla formula un significato ulteriore, affermando che il criterio unificatore di riferimento è dato da un parametro di giustizia<sup>86</sup> che va al di là delle singole garanzie, le quali si pongono in posizione strumentale rispetto ad un fine al quale tutte debbono concorrere. Fine che è di giustizia del processo, e non di mera regolarità o legalità.

Se, come è stato da più parti affermato, il principio del *giusto processo* è un principio di carattere processuale che racchiude in sé le relative garanzie intese tanto singolarmente, quanto in rapporto fra loro, tuttavia non si può

negare come esso contenga in sé anche il raccordo con la giustizia sostanziale, laddove per giusto processo deve intendersi quel processo regolato in modo da favorire, nel rispetto delle garanzie procedurali, il perseguimento di una decisione giusta, ovvero basata su una ricostruzione «veritiera e razionalmente controllabile del caso concreto o, meglio, delle affermazioni fattuali che lo compongono»<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, 493.

<sup>86</sup> CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 498.

<sup>87</sup> CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 27, ivi 36 e ss.

## 6. Segue. «Regolato dalla legge».

Sull'enunciato "regolato dalla legge"<sup>88</sup>, qualcuno ha sostenuto che in esso il legislatore abbia inteso esprimere una riserva di legge per la materia processuale, al fine di garantire che il processo non possa essere regolato da atti di normazione secondaria, non potendosi da tale disposizione ricavare alcun argomento in favore di una riduzione della discrezionalità giudiziale<sup>89</sup>.

Tale lettura è stata però considerata riduttiva da chi ha visto in quella clausola un chiaro indirizzo del legislatore volto a garantire, quanto alle modalità e ai tempi di esercizio dei poteri delle parti e del giudice nel processo, la non rimessione ad una valutazione discrezionale del giudice stesso<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> come sottolineato da PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, V, 2000, 241 tale specifica garanzia è una novità dell'art. 111 Cost. che in ciò si differenzia dall'art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell' Uomo, proclamata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, dall'art. 6 della Convenzione Europea di salvaguardia dei Diritti dell' Uomo e delle Libertà Fondamentali, siglata a Roma il 4 dicembre 1950, e dall'art. 14 del patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966.

<sup>89</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257, ivi 260 il quale sottolinea come il problema non sia pretendere la regolazione analitica da parte del legislatore di ogni singolo passo del processo, bensì «accertare se determinati poteri attribuiti dal legislatore al giudice producano o no una violazione delle garanzie del diritto di difesa, del contraddittorio, della parità delle armi».

<sup>90</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Atti del convegno dell' Elba*, 36 ivi 40; PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 68, il quale rileva che quella parte della dottrina costituzionalistica che riconosce alla riserva di legge la funzione di regolare i rapporti tra attività legislativa e attività applicativa, ritiene che nei confronti della funzione giurisdizionale non possa trattarsi che di riserva di legge relativa. In tal caso, continua tale Autore, spetta alla legge stabilire i fondamenti della disciplina, i criteri e i principi generali, mentre può certamente essere affidata alla discrezionalità dell'organo applicativo giurisdizionale la scelta delle modalità, dei contenuti e dei termini di applicazione. A confutare la tesi di coloro che vedono nell'attribuzione al giudice di una maggiore discrezionalità nell'esercizio dei suoi poteri una pericolosa deriva verso un modello di processo autoritario, tale Autore riporta le recenti tendenze di riforma che hanno riguardato modelli processuali stranieri, di consolidata tradizione liberale, quali quello statunitense e inglese. In questi ordinamenti infatti la tendenza è verso un modello di processo in cui i poteri discrezionali del giudice, in ordine allo svolgimento ed alla trattazione del caso concreto, sono amplissimi; secondo CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000* 279, l'accentuazione e generalizzazione dei poteri discrezionali del giudice nella conduzione del processo ne connota la funzione autoritaria; secondo BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 497 «se non è inibita *tout court* al legislatore la possibilità di lasciare spazi di discrezionalità al giudice nell'esercizio del suo potere, tuttavia è a lui imposto di

Nell'ambito di quell'orientamento che ritiene necessaria la predeterminazione da parte del legislatore di tempi e modalità di esercizio dei poteri del giudice, viene però operata un'importante distinzione. Ove si tratti di quei poteri destinati all'organizzazione ed al governo del processo, influenti sul contenuto della decisione, si riconosce che essi, pur dovendo essere previsti dalla legge, possano essere esercitati discrezionalmente, in quanto a tempi e modalità in relazione alle esigenze delle singole controversie<sup>91</sup>. Di fronte, invece, a quei poteri suscettibili di incidere sul contenuto della decisione, è stato rilevato come il valore del giusto processo regolato dalla legge ne esiga la rigida predeterminazione da parte del legislatore<sup>92</sup>.

Chi ha così inteso la portata della clausola in esame ammette però che, in alcuni casi, tale garanzia (o regola di metodo dello svolgimento del processo), della predeterminazione legale dei poteri delle parti e del giudice, venga attenuata da un'altra esigenza, altrettanto importante: quella di effettività della tutela giurisdizionale. In questo caso le garanzie del giusto processo devono essere in parte, ma mai del tutto, sacrificate in nome di tale principio costituzionale<sup>93</sup>.

---

coprire ciò che attiene ai contenuti minimi ed essenziali delle garanzie che vanno a costituire il concetto di *giusto processo*. Un maggior allentamento delle maglie legislative è concepibile solo se vi è un qualche valore costituzionale che, data una situazione particolare, meriti la prevalenza e imponga tale maggiore flessibilità». Questo è il caso, secondo tale Autore, del valore della ragionevole durata nell'ambito della tutela cautelare. Egli precisa, però, che nella norma in questione non deve ravvisarsi una costituzionalizzazione del modello del processo ordinario a cognizione piena.

<sup>91</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 243; ID, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265, ivi 267 e ss.; sulla distinzione tra poteri del giudice inerenti al governo del processo e poteri del giudice influenti sul contenuto della decisione vedi FABBRINI, voce *Potere del giudice* (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, XXXIV, 721.

<sup>92</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 244 in tal proposito afferma la necessità di individuare un metro di esercizio rigido dei poteri istruttori d'ufficio previsti dall'art. 421, 2° comma, o dall'art. 437, 2° comma, c.p.c.

<sup>93</sup> in relazione al carattere costituzionale del valore dell'effettività della tutela giurisdizionale vedi PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 244. Quali esempi di processi in cui le garanzie del giusto processo sarebbero sacrificate vengono ricordati da tale dottrina il processo cautelare uniforme; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 491 afferma come la garanzia della predeterminazione delle regole processuali possa essere considerata recessiva rispetto all'esigenza, costituzionalizzata anch'essa, della rapidità. Egli considera però criticabile, in

La contrapposizione tra discrezionalità del giudice e garanzie in nome del valore dell'efficienza è, però, fuorviante, quasi che le garanzie del processo fossero ostacoli o forze opposte a tale valore. Non sempre, come spiega limpidamente parte della dottrina, le garanzie sono sinonimo di formalismo e contrario di discrezionalità o efficienza. Il rispetto delle garanzie processuali, (tutte quelle enunciate nell' art. 111 Cost., compresa quella di giustizia della decisione e di efficace accertamento della verità) se intese in senso sostanziale e non formale, ben può essere messo in pericolo da una rigida e formale predeterminazione delle regole processuali, a scapito dell'efficienza<sup>94</sup>. Analogamente, la discrezionalità non deve per forza andare a scapito delle garanzie, che anzi talvolta liberate dalla formalità delle regole troverebbero maggior spazio ed efficacia.

Nell'ottica di una concezione sostanziale e non formale delle garanzie del processo va ancora detto che discrezionalità non è sinonimo di arbitrio e che ciò che distingue tali modalità di esercizio del potere è proprio la garanzia dell' indicazione vincolante dei fini, al cui raggiungimento deve essere rivolto l'esercizio del potere, che caratterizza la discrezionalità. Si tratta naturalmente di garantire uno *standard* minimo di regolazione normativa e,

---

mananza di valori costituzionali da proteggere, «un cedimento della garanzia della predeterminazione delle regole processuali».

<sup>94</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 72, quel che può costituire e spesso costituisce un intralcio allo svolgimento corretto, giusto e ragionevole del processo, all'accertamento della verità, al perseguimento di forme di tutela più adeguate alla situazione sostanziale, è la formalizzazione delle garanzie in luogo della effettiva applicazione dei principi di garanzia. Diversa è l'impostazione di CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 278, la quale sostiene che le regole processuali, rappresentando la via individuata dal legislatore per l'accertamento della verità, sono condizione e garanzia della verità medesima. In quest'ottica tale Autrice respinge l'idea che le garanzie processuali possano essere rimesse, nella determinazione del loro contenuto, dei tempi e dei modi di attuazione, alla discrezionalità del giudice. Ciò che emerge da tale divergenza di vedute in ordine al rapporto tra garanzie processuali e accertamento della verità nel processo, è il malinteso di fondo sulla funzione strumentale delle garanzie alla ricerca della verità evidenziata da Pivetti e trascurata dalla dottrina maggioritaria.

come sostenuto da parte della dottrina, di garantire alla parte la sindacabilità in Cassazione dell'esercizio della discrezionalità da parte del giudice<sup>95</sup>.

Altri Autori, ponendo l'attenzione sulle vicende che hanno preceduto la riforma, hanno interpretato la locuzione "regolato dalla legge" quale espressione della volontà di rivalsa del Parlamento nei confronti della Corte costituzionale in difesa delle proprie prerogative di organo legislativo<sup>96</sup>.

### *7. Segue. Il «contraddittorio tra le parti in condizione di parità».*

Continuando nell'analisi della lettera della norma ci si trova di fronte alla enunciazione della garanzia del «contraddittorio tra le parti in condizione di parità». Anche in questo caso, da più parti si è sostenuto che tale garanzia fosse ricavabile dalla Costituzione anche prima della riforma dell'art. 111 Cost<sup>97</sup>.

A tal proposito è stato detto come l'esigenza di rispettare la garanzia del contraddittorio sia soddisfatta se alle parti è data la stessa possibilità di

---

<sup>95</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000* 74; CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 279, mette invece in guardia contro officiosità e discrezionalità nella fissazione delle regole del processo che conducono all'arbitrio nell'esercizio del potere.

<sup>96</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 36 ivi 40; contro questa impostazione è PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 55, ivi 57 il quale afferma che nel caso di contrasto tra Parlamento e Corte costituzionale in relazione all'interpretazione delle norme deve essere quest'ultima a prevalere, data la sua funzione di controllo del legislatore. Il legislatore può liberamente e legittimamente muoversi se lo fa nell'ambito dei principi costituzionali, tra i quali secondo la Corte, deve includersi il principio secondo cui il processo deve tendere ad accertare la verità dei fatti. L'Autore afferma che pur potendosi dissentire da questa interpretazione della costituzione non si può negare, sul piano delle prerogative, che l'organo a cui è deputata l'interpretazione della Costituzione è la Corte costituzionale.

<sup>97</sup> BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 501; LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in Capponi Verde, 57 sostiene come l'enunciazione esplicita nell'art. 111 Cost. della garanzia del contraddittorio sia «un'opportuna occasione per rimeditare problemi attinenti al contraddittorio e non ancora risolti».

incidere sul convincimento del giudice<sup>98</sup>, non dovendosi ritenere che l'unico modello di contraddittorio compatibile con i valori del giusto processo sia quello previsto nel processo ordinario di cognizione<sup>99</sup>. La garanzia della parità delle parti, quindi, non dovendo essere intesa in senso rigido e formale, non comporta la necessità di estendere l'applicazione del modello di processo ordinario, ben potendo trovarsi realizzata attraverso l'applicazione di modelli processuali differenziati, caratterizzati da forme di contraddittorio eventuale o differito<sup>100</sup>. Si tratta solo di appurare in base a quale valore sia

giustificato il sacrificio del contraddittorio e della parità delle parti nel processo in relazione a forme differenziate di tutela<sup>101</sup>.

A tal riguardo, da alcuni autori è stato affermato che la parità delle parti sarebbe violata in quei casi di emanazione di una decisione sulla base dei soli fatti costitutivi e non anche dei fatti estintivi impeditivi e modificativi allegati

---

<sup>98</sup> ID., *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 501 rileva come il senso della garanzia del "contraddittorio tra le parti in condizioni di parità" enunciata dall'art. 111 sia coincidente col significato dato all'art. 24, comma 2, Cost. da dottrina e giurisprudenza. Tale garanzia, riguardando il potere per le parti di influenzare l'esito del processo su un piede di parità, comporta diverse conseguenze concrete sul piano delle regole processuali.

<sup>99</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 255, ivi 263.

<sup>100</sup> ID., *il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 255, ivi 264 e 266 dove afferma come la diversità delle forme di tutela giurisdizionale non è incompatibile con il principio di uguaglianza né con la "parità delle armi", essendo doveroso da parte del legislatore predisporre forme di processo semplificate rispetto a quelle ordinarie in considerazione della natura delle controversie e della natura degli interessi tutelati che talvolta, se costretti ad attendere i tempi del processo a cognizione piena, subiscono pregiudizi irreparabili; CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 21 sostiene che tali forme di attuazione del contraddittorio differito ed eventuale non possano essere incise dal riconoscimento formale in costituzione di tale garanzia, trattandosi di esperienze consolidate ed orientate al corretto esercizio della funzione giurisdizionale; TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 657, ivi 665 rileva, in riferimento al progetto di revisione costituzionale, come la nuova formulazione dell'art. 111 non possa incidere sulla legittimità costituzionale dei processi o procedimenti a contraddittorio differito; analogamente DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 104; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 498.

<sup>101</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 255, ivi 264 evidenzia come la giustificazione della compressione del diritto di difesa delle parti sia giustificata talvolta in relazione alla peculiarità delle situazioni sostanziali tutelata, talvolta in nome dell'economia processuale.



dalla controparte. Il sacrificio di tale garanzia è però giustificato, si dice, se operato in nome del rispetto di un altro valore di pari rango costituzionale: il valore dell'efficienza della giurisdizione, oggi direttamente ricavabile dall'enunciazione della ragionevole durata del processo<sup>102</sup>.

La garanzia del contraddittorio, nel contesto del processo ordinario di cognizione, ha posto, poi, alcune questioni, in relazione ai poteri istruttori del giudice ed al problema dell'efficacia delle barriere preclusive nei confronti delle prove introdotte officiosamente<sup>103</sup>. È stata anche evidenziata la necessità, principalmente in relazione alle questioni sollevate d'ufficio<sup>104</sup>, che la garanzia del contraddittorio sia intesa non soltanto come regola fra le parti in causa, ma anche fra queste e il giudice, così come avviene, nel processo civile francese<sup>105</sup>.

Il rapporto tra il principio della parità delle armi e il diritto alla prova, già sviluppato in riferimento all'art. 24 Cost., trova ora un ulteriore fondamento, nell'apertura che l'art. 111 Cost. opera ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Concepito come diritto delle parti a dimostrare i fatti posti a fondamento delle proprie pretese, il diritto alla prova si mostra come un aspetto fondamentale del principio della parità delle armi e del contraddittorio, inteso in senso sostanziale ed effettivo.

La relazione tra diritto alla prova, quale elemento fondamentale della parità delle parti nel processo, e giusto processo è stata, infatti, messa in

---

<sup>102</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 245 e ss., riporta a tal riguardo il caso del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, dei titoli esecutivi stragiudiziali che danno certezza al fatto costitutivo del credito ma non di eventuali fatti estintivi impeditivi modificativi, dell'ordinanza di rilascio dell'immobile locato con riserva di eccezioni del convenuto ex art. 665 c.p.c.

<sup>103</sup> CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 22.

<sup>104</sup> MONTESANO, *"La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929, ivi 930 ritiene che la formulazione dell'art. 111 Cost «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un giudice terzo ed imparziale» sia una chiara indicazione nel senso di proibire giudizi civili di "terza via". Da tale formula l'Autore ricava altresì l'inammissibilità delle cosiddette "prove atipiche".

<sup>105</sup> LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in capponi verde, 58; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 502.

rilievo dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>106</sup>, con una prospettiva che porta tacitamente ad intendere il concetto di giusto processo come un meccanismo teso a pervenire a una decisione accurata sui fatti di causa.

### **8. Segue. La Terzietà e imparzialità del giudice.**

Proseguendo nell'analisi del nuovo art. 111 Cost. si giunge al dettato di due garanzie inerenti la persona del giudice che, è detto, deve essere terzo e imparziale.

Parte della dottrina ha rilevato come la formulazione espressa del principio di imparzialità del giudice sia una novità per la nostra Costituzione<sup>107</sup>.

Dall'enunciazione di tali garanzie è stata desunta l'assoluta inderogabilità del principio della domanda, rinvenendo nel carattere della terzietà la necessaria distinzione tra chi è giudice, e rende giustizia, e chi è parte, e chiede giustizia<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 10 ponendo a confronto l'art. 6 della convenzione europea e l'art. 111 Cost., sottolinea le implicazioni che sul concetto di giusto processo hanno le interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo del principio della parità delle armi nel processo. Con articolare riguardo al terreno del diritto delle prove si segnala la sentenza *Dombo Beheer c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1993, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 153, con nota di Tonolli.

<sup>107</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Atti del Convegno dell' Elba*, 36 ivi 45, mette in evidenza come prima dell'inserimento di tale garanzia con la modifica dell'art. 111 Cost. il legislatore costituzionale non aveva previsto tale garanzia fra quelle afferenti al processo, ma si era soprattutto preoccupato di garantire l'autonomia e l'indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello Stato; contrario a tale interpretazione è CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 il quale evidenzia come tale garanzia fosse già ricavabile dalla soggezione del giudice soltanto alla legge, ex art. 101 Cost. nonché dal principio di indipendenza ed autonomia della magistratura ex art. 104 Cost.

<sup>108</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 246; CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 17, sottolinea come «la rima ricaduta del precetto costituzionale può apprezzarsi in relazione al principio della domanda ed al connesso principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato», precisando però come tali principi, pur strettamente connessi ad esso, non si identificano con quello dell'imparzialità del giudice civile, definito dall'Autore «come un cerchio concentrico dal raggio più ampio, rispetto a quello tracciato dall'art. 99 in collegamento con l'art. 112 c.p.c.».

Da tali garanzie discenderebbe inoltre, secondo alcuni<sup>109</sup>, il principio del divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato nel processo, sia riguardo ai fatti principali o secondari, sia riguardo alle fonti materiali di prova<sup>110</sup>.

Connessa al valore dell'imparzialità del giudice sarebbe anche, secondo alcuni autori, la delicata questione relativa alla c.d. "incompatibilità da prevenzione" sul quale la giurisprudenza costituzionale si è espressa dapprima in relazione al processo penale, per poi trasferire le sue considerazioni nell'ambito del processo civile<sup>111</sup>.

A questo proposito pare utile riportare le considerazioni di parte della dottrina che, identificando il concetto di imparzialità con la necessaria estraneità e indifferenza del giudice rispetto alle parti della controversia, critica l'impostazione della Corte costituzionale che ampliando e banalizzando il concetto di imparzialità del giudice, riconduce ad esso anche l'incompatibilità da prevenzione che andrebbe invece, quando effettivamente

---

<sup>109</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241.

<sup>110</sup> a tal riguardo è stato sostenuto che il divieto di utilizzare il sapere privato per il giudice sussisterebbe anche in tema di massime di esperienza specialistiche da CIVINNI.

<sup>111</sup> su tale tema vedi PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 247 che ritiene che nel processo civile l'incompatibilità da prevenzione determinata dall'emanazione di provvedimenti cautelari *ante causam* non sussiste poiché il reclamo *ex art. 669 terdecies*, proponibile innanzi ad un giudice diverso, costituisce garanzia sufficiente a controbilanciare la c.d. forza della prevenzione. Tale Autore sostiene, però, che l'incompatibilità da prevenzione possa avere un ruolo importante nei giudizi oppositori; così anche BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 509 e ss. il quale afferma che «non è la semplice coincidenza tra giudice della cautela e giudice del merito a destare problemi sul piano della garanzia di imparzialità, ma semmai il modo in cui si è giunti a pronunciare il provvedimento cautelare: se questo si fonda su una cognizione ampia della situazione sostanziale tutelata, allora il rischio che il giudizio cautelare finisca per rappresentare un pregiudizio nella fase di merito è forte e va evitato»; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in *Atti del convegno dell' Elba*, 36 ivi 47, pur riconoscendo con favore la derivazione del principio di incompatibilità del giudice dalla garanzia di imparzialità pone l'attenzione sulla necessità di «evitare un'eccessiva espansione delle incompatibilità soggettive del giudicante ed a far sì che la garanzia dell'imparzialità quale criterio di organizzazione preventiva dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali non crei difficoltà operative pregiudizievoli per il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia»

rilevante, ricondotta ad altri valori, quale ad esempio la garanzia dell'impugnazione<sup>112</sup>.

La riaffermazione enfatica del principio di imparzialità è parsa ad alcuni un'occasione utile per ripensare, in maniera diversa (più rispettosa di tale valore), alcuni aspetti degli istituti di astensione della ricusazione del giudice civile. In particolare andrebbe riconsiderata la competenza a pronunciare sull'istanza di ricusazione, che dovrebbe essere collegata ad una «sfera totalmente estranea a quella del giudice che procede»<sup>113</sup>.

Riguardo alle ipotesi di astensione previste dall'art. 51 c.p.c., rilevata l'inadeguata e rigida formulazione della norma e l'insufficiente applicazione di tale istituto da parte degli interpreti, l'enunciazione espressa della garanzia di imparzialità è parsa ad alcuni un'esortazione ad un'interpretazione estensiva delle ipotesi che dovrebbero indurre il giudice ad astenersi<sup>114</sup>. Parte della dottrina ha anche sottolineato come il valore dell'imparzialità non sia collegato con il problema dell'intensità dei poteri

---

<sup>112</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 76 analizzando la giurisprudenza costituzionale in tema di incompatibilità (C. cost. 17-24 aprile 1996, n.131; C. cost. 13-20 aprile 1996, n.155), mette in luce le contraddizioni della corte laddove essa afferma che le precedenti valutazioni e decisioni rilevanti al fine di determinare l'incompatibilità del giudice sono soltanto quelle avvenute in una diversa fase del processo, poiché nell'ambito della stessa fase processuale vi è l'esigenza, per motivi di ragionevolezza, di evitare un'assurda frammentazione del procedimento e di salvaguardarne la continuità e la globalità. Da tali argomenti deriverebbe allora una pericolosa relativizzazione e duttilità del principio di imparzialità, temperabile, secondo la Corte in funzione di esigenze di ragionevolezza, continuità e globalità; critico rispetto alla distinzione operata dalla Corte costituzionale tra provvedimento cautelare emesso *ante causam* e provvedimento emesso durante lo svolgimento del processo ed ai diversi effetti che questi avrebbero sull'imparzialità del giudice è anche CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257, 263.

<sup>113</sup> CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73, ivi 77. Tale Autore, a pag. 83 riflettendo anche sul delicato problema dell'incompatibilità da prevenzione e della necessità di trovare un rimedio che consenta di non "aprire il processo nel processo", propone, come soluzione per questo tipo di "incidenti", la previsione di un Collegio, scelto magari secondo un criterio rotatorio competente a giudicare in materia di ricusazione, auspicando che in caso di dubbio, la tendenza sia nel senso di accogliere l'istanza piuttosto che respingerla, come ora avviene.

<sup>114</sup> ID., *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73.

attribuiti al giudice, per questo motivo il modello di processo dispositivo non può essere considerato l'unico compatibile con il rispetto di tale garanzia<sup>115</sup>.

### *9. Segue: La ragionevole durata del processo.*

Il comma 2 dell'art. 111 Cost. si chiude con l'enunciazione della ragionevole durata del processo. Su tale tema il dibattito è stato ricco di riflessioni.

Alcuni autori hanno sottolineato la valenza oggettiva dell'enunciazione di tale principio nella Costituzione in contrapposizione alla funzione di garanzia soggettiva che esso riveste nell'art. 6 della CEDU<sup>116</sup>.

Unanime è la considerazione per cui il diritto alla ragionevole durata, pur già riconosciuto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo del 1950 e dal Trattato di Amsterdam<sup>117</sup>, abbia acquistato con la riforma una diversa e maggiore valenza, potendosi ora sollevare questioni di costituzionalità in relazione a norme che allungano i tempi del processo senza trovare giustificazione nel rispetto di altre garanzie processuali<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi Verde, 27, ivi 48; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 512.

<sup>116</sup> TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 49; VIGNERA, *le garanzie costituzionali....*, 1225 «facendo del legislatore ordinario il destinatario diretto del dovere di assicurare la ragionevole durata del processo, l'art. 111, comma 2, ultima parte, concepisce quella in discorso più che come una garanzia soggettiva quale garanzia oggettiva, destinata ad incidere sulla organizzazione tecnica e sul funzionamento dell'amministrazione giudiziaria»; per una breve panoramica dei principi enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di ragionevole durata del processo cfr. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 17.

<sup>117</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 113.

<sup>118</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 113; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 514 e 519 che assegna all'enunciazione esplicita di tale garanzia una triplice valenza : in primo luogo essa funge da parametro di legittimità per le norme legislative; in secondo luogo tale principio imporrebbe all'interprete di scegliere, nella ricostruzione degli istituti, quella che più si adegua alla ragionevole durata, salvo la necessità di salvaguardare valori prevalenti; in terzo luogo tale norma dovrebbe impegnare lo stato ad adeguare gli strumenti organizzativi e sanzionatori alla garanzia della ragionevole durata. Tale Autore infine opera alcune riflessioni sull'opportunità di adottare strumentini tutela anticipata di carattere

Importante è anche riflettere sul rapporto di tale principio e le altre garanzie del processo sancite dall'art. 111 Cost. A questo proposito è doveroso rilevare come diversa sia la valenza del principio in esame nell'ambito del processo penale. Qui la durata ragionevole del processo, che come è stato giustamente sottolineato non vuol dire necessariamente brevità, si pone come la massima delle garanzie per l'imputato, che trascorso un certo lasso di tempo non può più essere perseguito<sup>119</sup>. Nel processo civile invece, il rapporto tra durata ragionevole del processo e garanzie processuali è un rapporto conflittuale, dove la soluzione si presenta come un compromesso tra esigenze di efficienza e rispetto di altri valori<sup>120</sup>.

**10. Il "giusto processo" come presupposto al divieto dei giudizi di "terza via": la teoria garantista.**

Pur trattandosi di una problematica che da molti anni attrae l'attenzione di giurisprudenza e dottrina, in riferimento alla riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. è stata evidenziata la necessità (accolta già in precedenza da diversi autori) che la garanzia del contraddittorio sia intesa, non soltanto come regola tra le parti in causa, ma anche tra queste e il giudice, così come già avviene nel processo civile francese.

Nell'ampia produzione scientifica che si è sviluppata sul tema della garanzia costituzionale del contraddittorio, Montesano<sup>121</sup> affronta la tematica del rapporto tra il suddetto canone costituzionale e le sentenze di "terza via".

---

generale, per ogni tipo di diritto, in presenza di certe condizioni, addossando il rischio tempo su chi resiste in giudizio.

<sup>119</sup> SASSANI, *la durata ragionevole del processo civile*, in Capponi verde, 85, ivi 86.

<sup>120</sup> ID., *la durata ragionevole del processo civile*, in Capponi verde, 85, ivi 88, spiega come a seguito della consacrazione della durata ragionevole del processo nella Carta costituzionale, la legge impone come metro di giudizio la prospettiva della effettività. Ciò comporta che non è più possibile valutare le norme processuali soltanto sul piano della coerenza logica, ma bisogna vedere quali sono i loro effetti; in senso analogo si esprime BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in Riv. Dir. Proc. 2002, 479, ivi 503 il quale individua nella garanzia della ragionevole durata, ora valore costituzionale, un'ulteriore argomento per legittimare costituzionalmente forme di tutela cd. differenziata.

<sup>121</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in Riv. Dir. Proc. 2000, 929 e ss.

Innanzitutto per sentenze di “terza via” (definite anche di “terza opinione” o “a sorpresa” o “sentenze solitarie” o “solipsisticamente adottate”), si intende quel fenomeno in cui il giudice decide la causa, basandosi in tutto o in parte su un punto di fatto o di diritto sul quale le parti non hanno potuto anteriormente difendersi e contraddire, la “terza via” è l’ *iter* che il giudice decide di percorrere nella risoluzione della controversia, lasciandosi alle spalle le prospettazioni dell’ attore e del convenuto (prima e seconda via). Il classico caso esemplificativo in cui si verifica tale tipologia di sentenze è la rilevazione officiosa da parte del giudice della nullità del contratto nel contesto del processo, il cui oggetto è una domanda di adempimento proposta da una delle parti, il giudice non estende l’ oggetto del processo (che solo le parti possono determinare), ma ne allarga lo spettro cognitivo senza la loro condivisione<sup>122</sup>: sovrappone al dibattito processuale una decisione fondata su una questione mai sottoposta al controllo e alla discussione delle parti. Secondo Montesano<sup>123</sup> dall’ art 111 Cost., come riformato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, si desume chiaramente il divieto dei giudizi civili di “terza via”. Dall’essenzialità della garanzia del contraddittorio e del principio di difesa (art. 24 Cost.), si deduce l’invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo e la conseguente invalidità del provvedimento conclusivo in quanto dipendente dall’atto invalido: l’Autore si colloca dunque nella corrente dottrina c.d. “garantista”.

Difatti nel nostro sistema processuale l’attuazione della garanzia del contraddittorio oscilla secondo l’interpretazione giurisdizionale e dottrinale tra un modello “garantista”, che valorizza la funzione di garanzia del contraddittorio nella sua biunivoca correlazione con la garanzia della difesa, ed un modello contrapposto definito “sostanzialista”, nel quale è posta in primo piano la correttezza sostanziale della decisione. Dalla progressiva costruzione della tesi garantista sono derivati gli sviluppi successivi che ne hanno caratterizzato la massima espansione, portati a compimento mediante

---

<sup>122</sup> FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’ istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 6 e ss.

<sup>123</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 929 e ss.

la valorizzazione della modifica dell' art. 111 Cost. sul "giusto processo" (come appunto la teoria di Montesano), sia le contrapposte tesi di stampo sostanzialista.

Le opinioni di Montesano prefigurano la seguente conseguenza: l'invalidità della sentenza implicante un' impostazione giuridica rimasta estranea al precedente dibattito tra le parti, conferisce facoltà al soccombente di far valere in appello tale invalidità *ex art. 161 c.p.c.* Il giudice di secondo grado, se riterrà applicabile tale norma, dovrà consentire il contraddittorio impedito in primo grado e dare così alle parti la possibilità di difendersi e proporre nuove prove. La violazione di tale norma potrà essere motivo di cassazione "per nullità della sentenza" e/o per difetto di motivazione sulla predetta "indispensabilità" o non, di nuove prove e quindi il rinvio della Corte Suprema al giudice di secondo grado, perché provveda a sanare il vizio.

Inoltre al fine di coniugare il principio della ragionevole durata del processo e la garanzia del contraddittorio, è necessario, secondo l'Autore, impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti, o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso, al di là dell'udienza prevista dall'art. 184 c.p.c., cioè della fase processuale durante la quale sono inibite alle parti richieste di nuovi mezzi di prova. E' curioso notare come il legislatore abbia seguito, nella riforma dell'art. 183 c.p.c. del 2005 ( quando era dunque già vigente il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione) la prima prospettazione (facendo riferimento, però, all'udienza di trattazione o eventualmente a quella fissata per la conciliazione), senza però configurare come obbligo il rilievo d'ufficio del giudice e non sanzionandone perciò in alcun modo l'inosservanza.

Si impone dunque, ad avviso di Montesano, dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione, la necessità di un intervento adeguatore della legge alla Costituzione. L' Autore, inoltre, si augura che sempre alla luce di tale riforma costituzionale, la giurisprudenza modifichi il proprio orientamento, incline a decidere le controversie applicando in totale libertà norme del tutto estranee al dibattito tra le parti; se ciò non avverrà, la Corte costituzionale dovrà



intervenire in materia con una sentenza interpretativa d'accoglimento, eliminando l'incostituzionalità.

Gli approfondimenti compiuti da Comoglio, riguardo le garanzie costituzionali del processo, hanno prodotto un rafforzamento del nucleo originario della teoria garantista: secondo l' Autore «il contraddittorio sulle *questiones iuris*, e l'esigenza di qualsiasi sentenza a sorpresa o della terza via trovano nella garanzia del “giusto processo”, relativamente all'art. 111 Cost. un Autorevole e perentorio suggello»<sup>124</sup>. Dunque nella prospettiva delle garanzie costituzionali del “giusto processo” e dall' affermata inviolabilità del contraddittorio preventivo, sono derivate secondo Comoglio conseguenze di notevole risalto sistematico, tali da investire il giudice di un dovere costituzionale di osservanza diretta del contraddittorio e di responsabilità nella prevenzione delle decisioni a sorpresa<sup>125</sup>.

In sintesi il fondamento della teoria garantista è la sanzione di nullità del provvedimento, in caso di inadempimento del giudice del rilievo e della indicazione immediata alle parti delle questioni rilevate d'ufficio affinché diventino oggetto del loro contraddittorio: dunque il mancato rispetto di tale rilievo, rappresentando un obbligo necessitato, o meglio un potere-dovere del giudice che scaturisce direttamente da norme costituzionali, comporterebbe la nullità della decisione<sup>126</sup>.

### ***11. La contrapposizione della teoria sostanzialista.***

L' art. 111 Cost. consente, o forse impone, letture diverse. Secondo il principale sostenitore della teoria sostanzialista Chiarloni «il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da garantire nei limiti del

---

<sup>124</sup> COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 71 e ss.

<sup>125</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 78.

<sup>126</sup> COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 762.

possibile la giustizia del risultato»<sup>127</sup>. Dunque il “giusto processo” è quello che tende alla sentenza “giusta”.

Del resto anche il principio della ragionevole durata ha a che fare con la giustizia della decisione<sup>128</sup>, ed impone al giudice di non porre in essere comportamenti contrari ad una sollecita definizione del processo, tra i quali quelli che comportano un inutile dispendio di energie processuali e formalità superflue, in quanto non giustificate dalla struttura dialettica del processo e dall’ effettivo rispetto del principio del contraddittorio a garanzia del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, e del diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità *ex art. 111 Cost.*

Da qui nasce la necessità di una rilettura degli istituti che riguardano il processo per verificarne la coerenza con la direzione tracciata dal costituente: del principio del contraddittorio, ma anche della ragionevole durata e della “decisione giusta”. Il rispetto dei suddetti principi impone una verifica della ragionevolezza della procedura, della sua coerenza a criteri di efficacia dello *iurisdicere*, evitando interpretazioni che giustifichino formalismi inutili in relazione alle effettive garanzie di difesa.

Prendendo in considerazione il problema delle sentenze “di terza via” e attribuendo assoluta preminenza ai connotati di giustizia della decisione, il modello ermeneutico che impone di ricercare la giustizia dell’attività giurisdizionale nella “sentenza giusta” sembra rimandare ad una concezione sostanzialista dell’idea di giustizia, caratterizzata dall’ assenza di principi di giustizia procedurale e dal convincimento che la qualità di un procedimento dipenda esclusivamente dalla bontà del suo risultato. Il paradigma in questione, infatti, assume che esiste un’ equa soluzione della controversia che, nel caso concreto, può essere considerata “giusta” e che sia compito del giudice arrivare ad adottarla, anche indipendentemente dal formale rispetto di un procedimento razionale predeterminato, che ha senso solo in quanto “viatico tendenziale” per il raggiungimento di quel concreto risultato “giusto”.

---

<sup>127</sup> CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali , giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2008, 145.

<sup>128</sup> ID., *Giusto processo, garanzie processuali , giustizia della decisione*, cit., 146.

In questa prospettiva, le condizioni di giustizia dell'agire del giudice riposano, eminentemente, nel suo risultato finale. Dunque questa concezione esclusivamente sostanzialista della giustizia pone l'accento sulla "giustizia della decisione", prescindendo dal fatto che l'attuazione piena del contraddittorio sulle questioni che costituiscono il fondamento della decisione sia o meno avvenuto, e considera la questione delle sentenze di "terza via" come elemento rilevante solo ed esclusivamente nella misura in cui determinano un'ingiustizia della decisione. Difatti secondo la teoria sostanzialista, pur dovendosi riconoscere l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, non si avrebbe la nullità della sentenza in caso del suo inadempimento. Si dovrebbe optare per la nullità solo nel caso in cui il rilievo "a sorpresa" abbia determinato la apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati, impedendo effettivamente alle parti l'esercizio del diritto di difesa<sup>129</sup>. Qualora la questione non dibattuta sia stata correttamente decisa dal giudice, appare criticabile la prospettiva di consentirne l'annullamento per violazione del contraddittorio, poiché costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, che finirebbe per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto<sup>130</sup>, andando in tal modo a contrastare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo contenuto nell'art. 111 comma 2° Cost.

L'inosservanza da parte del giudice del dovere di stimolare la previa discussione delle parti su questioni rilevabili officiosamente, coinvolgendo soltanto profili appartenenti «al patrimonio del comune sapere di tutti i soggetti del processo»<sup>131</sup>, non coinvolge il principio del contraddittorio ma solo il principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti per

---

<sup>129</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575.

<sup>130</sup> ID., *Questioni rilevabili d'ufficio, loc. cit.*

<sup>131</sup> ID., *Questioni rilevabili d'ufficio, cit.*, 578.

garantire una leale condotta processuale e dunque di per sé non può produrre l' automatica sanzione di nullità della sentenza<sup>132</sup>.

Secondo Ricci<sup>133</sup> la questione rilevabile d' ufficio su cui si fonda la sentenza di "terza via" non riguarda la validità o la nullità della decisione, ma la sua giustizia o ingiustizia. La segnalazione, da parte del giudice, delle questioni rilevabili d'ufficio è correlata ad un dovere di collaborazione con le parti, concretizzandosi in un'attività di stimolo nei confronti dei difensori. Ricci propone, dunque, un'interpretazione del contraddittorio in termini diversi da quelli di garanzia del diritto di difesa: «Il contraddittorio è anche lo strumento, mediante il quale – attraverso la composizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie la sua funzione in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire. Avendosi di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito»<sup>134</sup>. In questo modo la sanzione della nullità, qualora il giudice non stimolasse il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, sarebbe

---

<sup>132</sup> Lungo la direttrice della teoria sostanzialista sembra collocarsi la giurisprudenza della Corte costituzionale, che con la sent. 11 luglio 2007, n.321,precisa che «il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia». Questa linea interpretativa consente già di anticipare qualche riflessione sulla rilevanza dell'omesso contraddittorio, se il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione della lite che sia anche una decisione giusta, partecipata, ossia fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice, la carenza del contraddittorio rileverà quando sussista la "causalità del vizio", ossia il concreto pregiudizio per la parte soccombente. Viceversa, la mancata attuazione del contraddittorio sarà inutilmente invocata quando la parte non riesca a dimostrare quali istanze istruttorie e allegazioni difensive non ha avuto modo di sviluppare, per la mancata attivazione del dialogo.

<sup>133</sup> RICCI, *La sentenza della "terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 750 e ss.

<sup>134</sup> ID, *La sentenza della "terza via"*, cit., 752.

certamente eccessiva perché non si assiste ad una lesione del contraddittorio inteso come garanzia di difesa, ma del contraddittorio inteso come strumento per giungere ad una più plausibile ricostruzione dei fatti e una corretta diagnosi *de iure*<sup>135</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza hanno subito colto le implicazioni che la garanzia costituzionale del “giusto processo” ed in particolare dei principi del contraddittorio e dell'imparzialità del giudice pongono in relazione alle decisioni “a sorpresa”, ma non assumono posizioni univoche nel trarne le conseguenze. In particolare, le posizioni della dottrina prevalente, richiamandosi da una parte al “giusto procedimento in contraddittorio” e dall'altra alla “sentenza giusta”, lasciano intravedere diverse distinte concezioni dell'idea di giustizia che a ciascuna di esse è sottesa.

## ***12. Il modello strumentale di giustizia procedurale.***

Sia pur con tutte le cautele necessarie, si può affermare che entrambe le teorie (garantista e sostanzialista) fondate su due contrapposti modelli ermeneutici, sono suscettibili di varie critiche e sono insufficienti, nella loro assolutezza, ad esaurire le problematiche più complesse connesse con il problema delle sentenze di “terza via”<sup>136</sup>.

Da un lato, la teoria garantista rischia di cadere nel circolo vizioso che consiste nel considerare *a priori* come giusta qualunque decisione che derivi da un processo che assicuri l'attuazione delle garanzie costituzionali, tra cui il contraddittorio, conferendo un livello minimo e irrinunciabile di correttezza del processo. Difatti costantemente si possono produrre decisioni sostanzialmente ingiuste, perché il giudice sbaglia nell'interpretare o applicare la legge o perché si verificano errori nell'accertamento dei fatti, o per una varietà di altre ragioni<sup>137</sup>. Il limite di questa impostazione è dunque

---

<sup>135</sup> ID, *La sentenza della “terza via”*, cit., 753,754.

<sup>136</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 98 e ss.

<sup>137</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., loc. cit.

quello di arrestarsi alle connotazioni della procedura senza andare oltre, affermando che la presenza di garanzie e di regole di correttezza del procedimento sia condizione non solo necessaria ma anche sufficiente per la giustizia del processo<sup>138</sup>.

Da un altro lato, la teoria sostanzialista valorizza le caratteristiche qualitative e sostanziali della decisione, ma lo fa in modo riduttivo, svalutando completamente il rapporto tra il procedimento e il risultato che dallo stesso scaturisce; la qualità della decisione prevale in ogni caso sulla pienezza dell'attuazione delle garanzie processuali, quasi che la piena attuazione del contraddittorio o la sua mancanza possano essere elementi sostanzialmente irrilevanti qualora rimanga ferma la giustizia e correttezza della decisione finale<sup>139</sup>.

Probabilmente entrambe le teorie propongono livelli corretti ma parziali di lettura del problema e mettono in evidenza profili che forse dovrebbero essere fusi e compenetrati perché si possa comporre un quadro più completo.

La decisione a sorpresa, in quanto viola il diritto di difesa, compromettendo il contraddittorio tra le parti, è una decisione non soltanto scorretta sotto il profilo dei principi fondamentali e delle regole che informano l'ordinamento processuale, ma è altresì “potenzialmente” scorretta e ingiusta sotto il profilo del suo contenuto sostanziale, valutato secondo parametri qualitativi<sup>140</sup>.

Se in linea di principio è vero che il diritto di difesa e l'esercizio del potere decisorio possono apparire contrastanti l'uno con l'altro, tale contrapposizione, radicata nell'elaborazione tradizionale di queste teorie, sembra non riuscire a cogliere con completezza le varie sfaccettature del

---

<sup>138</sup> RAWLS introduce una tripartizione mettendo a punto tre modelli generali di giustizia procedurale (modello procedurale puro, perfetto e imperfetto). La teoria garantista è ascrivibile ad una concezione di giustizia procedurale pura, rispetto alla quale non si dispone di un criterio indipendente *ex ante* per giudicare l'equità di un esito, fatta eccezione per la correttezza nell'applicazione della decisione stessa. Nel contesto giuridico non esiste un risultato giusto prima e fuori dal processo, ma si può addivenire ad esso proprio attraverso un “giusto processo” in contraddittorio. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di SANTINI e MAFFETTONE, Milano, 2008, 96 e ss.

<sup>139</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 98 e ss.

<sup>140</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit.

problema delle sentenze a sorpresa, rispetto al quale pare che sia più confacente un'ottica di complementarietà e compenetrazione dei diritti e dei poteri che fanno capo, rispettivamente, alle parti e al giudice<sup>141</sup>.

A questo riguardo si rende necessario trovare una soluzione alternativa che possa coniugare i pregi delle tesi analizzate, colmando per quanto possibile i limiti che in esse si rilevano, e l'elaborazione interpretativa che meglio si addice a conferire una risposta è il modello strumentale di giustizia procedurale<sup>142</sup>, dato che si presta in modo particolare a mettere in diretta correlazione il parametro generale del “giusto processo” non soltanto con il processo che assicuri l'attuazione delle garanzie minime della Costituzione ma anche con il processo che permetta di addivenire a decisioni che siano qualitativamente “giuste”. In questo senso si può affermare che il processo è “giusto” se conduce, nel rispetto delle garanzie fondamentali, alla produzione di decisioni conformi ai canoni di giustizia<sup>143</sup>. In tal modo le garanzie, oltre che presidio della correttezza del procedimento sono, al contempo, strumentalmente e funzionalmente collegate alla produzione di una “giusta decisione”<sup>144</sup>.

Il contraddittorio costituisce il punto di equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti, il mezzo principale di esplicazione della

---

<sup>141</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit.

<sup>142</sup> Tale modello mette in primo piano i caratteri del procedimento e contemporaneamente i risultati che da esso scaturiscono, creando una correlazione tra gli uni e gli altri. Fornisce dunque un quadro più completo perché guarda sia agli elementi della procedura sia intese come condizioni necessarie di regolarità del procedimento (le garanzie di difesa, di contraddittorio e le regole ordinarie che ne costituiscono attuazione), sia come strumenti per il raggiungimento di determinati fini, identificabili in decisioni sostanzialmente “giuste”.

<sup>143</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 99 e ss., 116 e ss., 122 e ss., 196 e ss., di contraria opinione CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. Dir. Proc.* 2010, 1 e ss..

<sup>144</sup> Probabilmente una concezione puramente strumentale della giustizia procedurale non è applicabile al processo civile, a causa dei margini irriducibili di errori e di fattori imprescindibili determinati da tempo e costi, perciò si dovrà ricorrere ad un modello procedurale imperfetto strumentale di giustizia procedurale, secondo cui potrà definirsi “giusto” quel processo che, in un tempo ragionevole e con un buon margine di approssimazione garantisca un procedimento corretto, un accertamento il più veritiero dei fatti e la corretta applicazione della legge. Decisioni ingiuste saranno accettabili solo se dovute ai limiti intrinseci della procedura.

garanzia di difesa, ma sotto un altro punto di vista rappresenta lo strumento d'elezione per l'accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e per l'individuazione della corretta regola giuridica di risoluzione della controversia, quindi lo strumento per il conseguimento di un "giusto" provvedimento di tutela<sup>145</sup>. A questo riguardo le regole di attivazione del contraddittorio, calate nel contesto della struttura generale dell'ordinamento processuale e dei principi che ne informano il funzionamento, oltre a dare attuazione ad una garanzia costituzionale incompressibile, sono strumenti finalizzati a consentire che il processo produca decisioni giuste<sup>146</sup>.

*13. Le novelle del 2006 e del 2009: l' art. 384, comma 3, e l'art. 101, comma 2, c.p.c.*

Le tesi di Montesano in qualche modo anticipano quelli che saranno i successivi interventi legislativi. Innanzitutto la novella del 2006 interviene sul processo di Cassazione, con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n.40, introducendo l'art 384, comma 3, c.p.c. : «Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

Tale disposizione trova la sua applicazione particolarmente «nel caso in cui la Corte ritenga di poter pronunciare anche un giudizio sostitutivo»<sup>147</sup>, dovendo così invitare le parti ad assumere posizione sulle questioni rilevate officiosamente. Tale previsione però non deve essere interpretata restrittivamente, come limitata alle sole ipotesi in cui la Cassazione decida

---

<sup>145</sup> COMOGLIO, «Terza via» e «processo giusto», cit., 759.

<sup>146</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 98 e ss..

<sup>147</sup> CECHELLA, *Il processo civile dopo vent' anni di riforme*, Milano, 2010, 543.



nel merito: tale disciplina, essendo stata collocata tra i principi fondamentali del processo, deve improntarne tutto il suo contenuto<sup>148 149</sup>.

Difatti la legge 18 giugno 2009 n. 69 è intervenuta sulle disposizioni generali del processo, sugli effetti dell'omissione del giudice che, senza il previo contraddittorio delle parti, abbia fondato la sua decisione su una questione rilevata d'ufficio. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 101 c.p.c.<sup>150</sup> : «Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione». La nuova disposizione riproduce così per il giudizio di merito quasi specularmente quanto previsto per il giudizio di Cassazione dall'art. 384 c.p.c.

---

<sup>148</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2° C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 414 e in *Judicium.it*

<sup>149</sup> Cass. 7 luglio 2009, n. 15901.

<sup>150</sup> Introdotto dall'articolo 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge. Si vedano, in merito, i commenti di CONSOLOGODIO, in CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009; SASSANI - TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile, 'sub' art. 101*, a cura di SASSANI - SALETTI, Torino, 2009; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21; GIORDANO, in GIORDANO - LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss.; MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31; BOVE - SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221; FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20; CECCHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*; BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110; VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 101; BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*; LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*; COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1012 e ss.; GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 826 e ss.. Va precisato che il disposto in commento ricalca progetto di riforma dell'art. 101 c.p.c., inserito nel recente d.d.l. Mastella, su cui CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.

Delle questioni rilevabili d'ufficio tratta pure l'art 183 c.p.c. che, al comma 4, dispone che, nell'udienza di prima comparizione/trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma (su istanza di parte, per esperire il tentativo di conciliazione), «il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», senza prevedere, tuttavia, alcuna sanzione nel caso di omessa instaurazione del contraddittorio sul rilievo officioso. L'obbligo da parte del giudice si fa risalire al dovere di collaborazione con le parti, intrinseco nella sua posizione di terzietà e nel corretto svolgimento del principio del contraddittorio nel “giusto processo”<sup>151</sup>.

Come risultanza del combinato disposto dell'art. 101, comma 2, c.p.c. con l'art 183, comma 4, c.p.c., giudice deve indicare alle parti, nel corso della prima udienza, le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, allo scopo evidente di stimolare le parti a formulare richieste istruttorie che tengano conto anche dei rilievi officiosi. Se tuttavia ciò non avviene in quella sede, il giudice può, a norma dell'art. 101 c.p.c. comma 2, al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi sulla questione rilevata officiosamente. Una sanzione di nullità consacra definitivamente l'obbligatorietà del previo contraddittorio delle parti su qualsiasi “questione” (di fatto o di diritto), mai discussa dialetticamente dalle medesime, che il giudice (nel momento della decisione) abbia rilevato d'ufficio e intenda porre a fondamento della pronunzia finale. Ovviamente qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione. Più esattamente, deve ritenersi che fisiologicamente il rilievo delle questioni officiose debba intervenire nell' udienza di prima comparizione/trattazione,

---

<sup>151</sup> Cass., Sez. III, 31 ottobre 2005, n.21108.

tanto in primo grado quanto in appello (quando è il giudice di secondo grado a rilevare la questione, nei limiti in cui non si sia formato il giudicato).

Lo strumento introdotto dal novellato art. 101 c.p.c, comma 2. ha dunque natura sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, in quanto è destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa, favorendo la collaborazione tra giudice e parti. L'art. 101, comma 2, c.p.c. si pone dunque in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di avvicinare il processo al suo modello costituzionale, salvaguardando l'uguaglianza sostanziale delle parti, il diritto di difesa e con questo la garanzia di verità a tutela delle parti.

La decisione solitaria sulle questioni rilevate officiosamente impedendo lo svolgimento delle attività processuali di allegazione e prova, mina la parità delle armi, agevolando la posizione dell'una o dell'altra parte e rischiando di allontanare il processo da quella "giusta decisione"<sup>152</sup> che è il suo sbocco naturale e costituzionalmente necessitato.

Dal momento che la norma coinvolge i principi generali del processo , è fondamentale considerare che l'art. 101, comma 2, c.p.c. ha un' applicabilità diretta in quanto espressione e attuazione di alcune disposizioni costituzionali di fondamentale importanza, tanto da poter affermare che dalle logiche del dialogo e dagli studi sulla "giusta decisione" delle cause, si siano creati i presupposti per la formulazione del nuovo comma 2 dell' art 101 c.p.c.<sup>153</sup>.

La regola che impone al giudice di mettere le parti in condizione di dedurre in merito alle questioni rilevate d' ufficio e poste a fondamento della decisione, si iscrive nell' attuazione del principio del contraddittorio e delle

---

<sup>152</sup> Si vedano: TARUFFO, *La semplice verità*, cit.; ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 476; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit., 144.

<sup>153</sup> Si vedano: CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia'*, cit., 1 e ss.; TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 e ss.; ID., *La semplice verità* cit.; ID., *Poteri probatori delle parti*, cit., 476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139

garanzie fondamentali del processo che, secondo quanto prevede la Costituzione, deve essere informato al parametro della giustizia. Diviene quindi fondamentale riferirsi costantemente ai principi del “giusto processo” relativamente ai commi 1 e 2 dell’art. 111 Cost. riformato, per compiere una rilettura degli istituti processuali, al fine di verificare se le opzioni ricostruttive adottate siano compatibili con tali principi.

La regola espressa dalla nuova disposizione normativa dell’art. 101, comma 2, c.p.c., nella misura in cui costituisce attuazione del principio costituzionale del contraddittorio, va costruita alla luce dei principi costituzionali in materia di contraddittorio: riletto, quest’ultimo, quale caratteristica fondamentale, tra le altre, di un processo che deve integrare i requisiti di giustizia.

***PARTE SECONDA***  
***IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO***  
***RITUALE***

## ***CAPITOLO 1: ESAME DEI PRINCIPI SOTTESI ALL'ARBITRATO (CENNI).***

***Sommario: 1. Introduzione; 2. La natura dell'arbitrato; 3. Il concetto di ordine pubblico; 4. Il rispetto dell'ordine pubblico processuale come unico limite al principio della libertà delle forme in assenza di diversa disposizione di legge dettata in materia di arbitrato o di diversa volontà delle parti.***

### ***1. Introduzione.***

Questa seconda parte di indagine ha come oggetto lo studio degli aspetti salienti del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale.

Prima di entrare, però, in *medias res*, appaiono opportuni alcuni cenni relativi a questioni strettamente connesse allo studio del contraddittorio.

In particolare, la breve disamina che segue si occuperà, anzitutto, di chiarire la natura dell'arbitrato rituale. Le considerazioni qui effettuate faranno poi da battistrada ad una breve ricognizione del concetto di ordine pubblico processuale e delle dinamiche dello stesso in funzione di unico limite alla libertà delle forme.

La trattazione degli aspetti sopracitati non si prefigge di essere esauriente, esulando dal presente lavoro una trattazione sistematica delle stesse.

L'obiettivo è quello di rendere, a mo' di suggestioni, le coordinate di un sistema all'interno del quale il principio del contraddittorio trova contestualizzazione.

Le considerazioni che seguono saranno sicuramente valide per l'arbitrato rituale, riservando la trattazione dell'arbitrato irrituale alla terza

parte del presente lavoro e rimandando alle conclusioni per le risultanze ultime.

## 2. La natura dell'arbitrato.

La natura processuale dell'arbitrato rituale non è oggi più oggetto di discussione da parte di dottrina e giurisprudenza.

Allo stesso modo, non è più motivo di dibattito che l'arbitrato sia un fenomeno che nasca dall'autonomia privata<sup>154</sup>, tanto che la consensualità dell'arbitrato è stata a ragione definita regola di ordine pubblico<sup>155</sup>.

Si tratta di una dicotomia solo apparente, ricomponibile riconducendo alla natura degli atti la manifestazione di autonomia privata<sup>156</sup> e alla natura degli effetti - che, quanto al compromesso, coincidono con una rinuncia alla via giurisdizionale ordinaria e, quanto al lodo, sono equiparabili<sup>157</sup> a quelli di una sentenza<sup>158</sup> - la fenomenologia processuale dell'arbitrato.

---

<sup>154</sup> Di concezione integralmente giurisdizionale, seppur «privatistica ne sia ovviamente la scaturigine» parla C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 5a ed., Padova, 2006, 186. Critica l'idea che il potere degli arbitri derivi dalla legge ed abbia carattere giurisdizionale C. PUNZI, secondo il quale quel potere deriva direttamente e soltanto dalle parti, pur potendosi definire processo, «svolgentesi con le garanzie del contraddittorio e della parità delle armi». Cfr. C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche* III, Torino, 2008, 160 -162.

<sup>155</sup> C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 26.

<sup>156</sup> Il principio è espresso chiaramente da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4a ed., Milano, 2007, p. 304, il quale afferma che, tra arbitrato e giurisdizione, sono «*gli effetti ad essere simili, non gli atti*».

<sup>157</sup> Qui non interessa se lo sono *ab origine* o per effetto del riconoscimento da parte dello Stato con il decreto di *exequatur*, anche se a seguito delle riforme del 1994 e del 2006 non sembrano esservi dubbi sulla prima soluzione, rimanendo l'*exequatur* una formalità necessaria solo ai fini esecutivi.

<sup>158</sup> Ciò vale ovviamente solo per l'arbitrato rituale. Per l'arbitrato irrituale la dottrina favorevole alle teorie processuali, benché per detto tipo di arbitrato gli effetti non siano affatto equiparabili a quelli della giurisdizione ordinaria ma si mantengono sul piano dell'autonomia privata, ritiene che il giudizio debba comunque rispettare le regole dettate dall'ordine pubblico processuale, in quanto, essenzialmente, anche con il compromesso per arbitrato irrituale si ha una rinuncia alla via giurisdizionale ordinaria.

Anche ad ammettere la natura giurisdizionale degli effetti del lodo arbitrale<sup>159</sup>, dunque, nessun dubbio residua sul fatto che l'arbitrato sia fenomeno di natura privata<sup>160</sup> e in quanto tale caratterizzato dalla libertà delle forme.

L'autonomia privata nell'arbitrato si caratterizza per essere strumento alternativo alla via giurisdizionale<sup>161</sup>, per provvedere essa stessa alla tutela delle situazioni sostanziali. Ed è per tale ragione che l'arbitrato incontra dei ben precisi vincoli, imposti dal legislatore, che decide in che termini ed in che limiti è concesso all'autonomia privata di provvedere autonomamente alla tutela delle situazioni sostanziali: da qui l'incompromettibilità di controversie su diritti indisponibili e l'inderogabilità dei principi di ordine pubblico processuale, primo tra tutti il principio del contraddittorio<sup>162</sup>.

Dalla natura degli effetti emerge, così, l'esigenza del rispetto delle regole di ordine pubblico processuale<sup>163</sup>, ossia di quelle norme imprescindibili<sup>164</sup> mancando l'applicazione delle quali l'ordinamento non può accettare alcuna sostituzione della giustizia privata alla giustizia statale.

---

<sup>159</sup> Dimostrazione che la convinzione della natura giurisdizionale degli effetti del lodo non esclude la natura essenzialmente privatistica dell'istituto, fondato sull'autonomia privata si ha in C.CECHELLA, *op. cit.*, 147 ss. e 165 ss.

<sup>160</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2004, 661 ss.; dello stesso Autore *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 1 ss.; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss.; C.CECHELLA, *op. ult. cit.*, 147 ss.; G. RUFFINI, voce *arbitrato (dir.proc.civ.)*, *Il diritto enc. giur.*, Milano, 2008, 554; C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 160 ss.

<sup>161</sup> Riprendendo l'insegnamento che già fu del CHIOVENDA, il patto compromissorio è «un contratto che appartiene propriamente al diritto privato, ma che ha un'importanza processuale negativa, in quanto dà alle parti un'eccezione processuale» ed «implica dunque una rinuncia «alla cognizione di una controversia per opera dell'autorità giudiziaria» (G. CHIOVENDA, *Principii*, 3a ed., cit., p. 107s.).

<sup>162</sup> Già AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, 170 riteneva che "l'ordine pubblico vieterebbe che ogni forma fosse abolita", seppur concludendo che le garanzie processuali dovevano ritenersi condizionate dalla previsione della loro fissazione da parte dei compromittenti. Ancora in prospettiva ricostruttiva si veda L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 126 ss., che afferma il carattere essenziale nell'istruzione arbitrale del contraddittorio.

<sup>163</sup> Cfr. FAZZALARI, *op. cit.*, 54 ss.; Si veda sul punto anche F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 305, che ricollega l'esigenza del rispetto dell'art. 24 Cost. alla rinuncia alla tutela giurisdizionale; L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Torino, 2004, 156.

<sup>164</sup> Sul concetto di ordine pubblico processuale si tornerà infra, par. 3



La corrispondenza tra il limite all'autonomia privata nella determinazione del diritto sostanziale ed il limite alla tutela privata di dette situazioni (ordine pubblico sostanziale, il primo, ordine pubblico processuale, il secondo) già è stata messa in evidenza in dottrina<sup>165</sup>.

Riprendendo l'insegnamento di Satta sul fondamento del fenomeno arbitrale, poi, si è Autorevolmente sostenuto che «lo spazio sociale, nel quale non ha ragione d'essere il monopolio statale del diritto, è quello in cui non è coinvolto un interesse primario dello Stato. E' uno spazio di autonomia privata, che resta tale perché non nasconde alcun pericolo per il pubblico, per quei principi e quelle norme che vengono ricompresi nella formula «ordine pubblico»<sup>166</sup>.

Secondo la miglior dottrina, una volta stabilita per questa via l'esigenza del rispetto dell'ordine pubblico processuale, primo tra tutti il principio del contraddittorio, si ha la conferma che «l'iter di attività, in che l'arbitrato consiste, è un processo»<sup>167</sup>.

Il processo viene in gioco solo e soltanto in relazione al rispetto dell'ordine pubblico, e anche se ciò è ritenuto a ragione sufficiente a far rientrare il procedimento arbitrale nella *species* del processo, non vi è dubbio che, salvo il rispetto di dette norme imprescindibili, l'arbitrato è regolato dall'autonomia dei privati.

### *3. Il concetto di ordine pubblico.*

L'ordine pubblico è concetto di difficile definizione.

---

<sup>165</sup> C. CECHELLA, L'arbitrato, cit., 23 ss..

<sup>166</sup> PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim dir e proc civ.* 2002, 749 ss.

<sup>167</sup> FAZZALARI, op. ult. cit., 51; Id., *sub art. 816*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 102.

Nella sua accezione sostanziale è pacifico che si tratti di un limite all'autonomia negoziale concorrente e, dunque, non coincidente con le norme inderogabili ed il buon costume<sup>168</sup>.

Nel processo l'ordine pubblico si identifica con il combinato disposto delle norme che risultano essere irrinunciabili per qualsiasi esperienza processuale, pena la violazione dei precetti costituzionali che garantiscono la tutela dei diritti. Queste norme tendono a coincidere con quelle necessarie a caratterizzare un processo che rispecchi i valori giuridici di base di un determinato periodo storico, ossia quelle a fondamento del c.d. principio del "giusto processo"<sup>169</sup>.

La coincidenza non è smentita neanche dall'osservazione che di giusto processo si parla di solito come di un limite al legislatore imposto da fonti sovraordinate (nazionali ed internazionale), mentre l'ordine pubblico processuale è più spesso identificato come limite all'autonomia negoziale, come nel caso dello studio dell'arbitrato: sono quelle stesse fonti superiori, infatti, a costituire l'origine e la giustificazione del limite all'autonomia privata.

I concetti di ordine pubblico processuale e di giusto processo restano semanticamente molto vicini, infine, anche se si pensa che, per «ordine pubblico processuale» si intende generalmente l'insieme delle norme e dei principi su cui ogni processo, per ritenersi tale, deve basarsi; mentre il concetto di «giusto processo» è focalizzato essenzialmente sulle garanzie riservate alle parti. A tal proposito è opportuno osservare che il «giusto processo regolato dalla legge» cui fa riferimento l'art. 111 Cost. non deve essere inteso come necessaria regolamentazione rigida e minuziosa delle

---

<sup>168</sup> Cfr. A GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XIII, Torino, 1995, 155 ss; G. PANZA, voce *Ordine Pubblico (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.

<sup>169</sup> I rapporti tra i concetti di ordine pubblico processuale e giusto processo, e la loro tendenziale coincidenza, sono chiariti da G.F. RICCI, *sub. art. 816*, cit., 276, il quale afferma che «se si pensa che la nota dominante del processo e della giurisdizione è quella della presenza di specifiche garanzie per le parti, si potrebbe trovare una certa coincidenza fra ciò che è chiamato ordine pubblico processuale ed il complesso dei principi che regolano il sistema delle garanzie dei contendenti, cioè il «giusto processo».

forme e dei tempi del compimento degli atti processuali, ma nel senso che l'esigenza di legalità riguardi le «garanzie minime essenziali» quali sono «il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, la terzietà ed imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo»<sup>170</sup>.

*4. Il rispetto dell'ordine pubblico processuale come unico limite al principio della libertà delle forme in assenza di diversa disposizione di legge dettata in materia di arbitrato o di diversa volontà delle parti.*

Risulta evidente, a questo punto, come le uniche norme processuali che, salvo richiamo espresso della legge speciale dell'arbitrato o delle parti, gli arbitri dovranno applicare anche al giudizio arbitrale sono quelle appartenenti all'ordine pubblico processuale, ancorché la loro applicazione sia sufficiente a qualificare il "procedimento" arbitrale come "processo".

Alla stessa conclusione si giunge analizzando il problema dal punto di vista delle fonti del diritto: se l'arbitrato è espressione dell'autonomia privata, non può essere contestato che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge». Salvi, dunque, i limiti derivanti dai superiori principi dell'ordine pubblico (limite all'autonomia privata desumibile dallo stesso art. 1322 c.c, secondo comma, che impone che il contenuto del contratto sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico), l'imposizione di forme processuali determinate deve derivare, espressamente, dalla legge.

Dall'analisi del diritto positivo<sup>171</sup> emerge che la legge non impone affatto la generale osservanza delle norme del codice di rito, anzi codifica il principio della libertà delle forme nel rispetto dei principi di ordine pubblico processuale.

---

<sup>170</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2003, 29. Sul punto si veda anche A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 ss.

<sup>171</sup> Nel capitolo che segue è analiticamente riportato l'esame delle disposizioni.

Se ciò è desumibile dalla stessa natura dell'arbitrato, apparentemente risulta essere una contraddizione in termini il fatto che la legge in passato abbia attribuito al codice di rito carattere di disciplina residuale rispetto alla regolamentazione del giudizio arbitrale.

In realtà la contraddizione è solo apparente, perché, secondo il rapporto tra autonomia privata e legge statale, in base al principio sopra richiamato ed espresso dall'art. 1322, comma 1, c.c., l'approdo cui si è giunti è ciò che si ritiene dovrebbe concludersi in difetto di contrarie disposizione di legge, da intendersi ovviamente come disposizioni dettate in materia di arbitrato.

La giurisprudenza ritiene ammissibile, e perfettamente compatibile con l'arbitrato rituale, che le parti esonerino gli arbitri da ogni formalità di procedura<sup>172</sup>, fermo restando il rispetto del principio del contraddittorio.

Che lo si voglia definire ordine pubblico processuale o giusto processo, ad ogni modo, detti principi superiori, desumibili dall'ordinamento processuale, sono considerati, anche *de iure condito*, gli unici limiti al generale principio della libertà delle forme, oltre a quelli derivanti da espresse disposizioni di legge o dalla volontà delle parti o degli arbitri.

---

<sup>172</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 1965, n. 1062, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1556, secondo la quale «il conferimento del potere di decidere come amichevoli compositori e senza l'osservanza delle norme procedurali è un elemento non incompatibile con l'arbitrato rituale e quindi insufficiente da solo ad individuare l'arbitrato irrituale».

## **CAPITOLO 2: PORTATA ASSIOLOGICA DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL' ARBITRATO RITUALE.**

**Sommario:** *1. Principio del contraddittorio e arbitrato rituale: la codificazione del 1865 e l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale; 2. La codificazione del 1942 e l'art. 816, comma 3, c.p.c.; 3. L' interpretazione dei primi commentatori; 4. Segue. L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 816, comma 3, c.p.c.; 5. Le prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 816, comma 3, c.p.c.; 6. Segue. I successivi sviluppi giurisprudenziali; 7. La «novella» n. 25/94: consacrazione normativa del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale; 8. La riforma del 2006; 9. Gli effetti della violazione del contraddittorio alla luce del riformato art. 829 c.p.c..*

*1. Principio del contraddittorio e arbitrato rituale: la codificazione del 1865 e l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.*

Il codice del 1865, che regolava l'arbitrato nella propria parte iniziale, dedicava alla parte del procedimento arbitrale una disposizione di carattere generale, l'art. 17, e due disposizioni specifiche, gli artt. 14 e 15.

L'art. 17, in particolare, prevedeva la regola secondo la quale gli arbitri non sono obbligati, salvo disposizione contraria stabilita dalle parti, a seguire le norme previste dal codice di procedura.

L'art. 14 stabiliva, invece, che «le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità di procedura. Alla parte che ritardi la trasmissione si intima di farla nel termine di giorni dieci, o in quello

che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordare proroghe. Di tutto deve farsi menzione nel processo verbale».

L'art. 15 asseriva che, scaduto il termine per la presentazione dei documenti, gli arbitri potevano giudicare sulla base di quelli trasmessi.

Pur non essendo prevista una norma che garantisse *expressis verbis* il contraddittorio, era opinione comune tra i commentatori che il principio dovesse essere rispettato anche all'interno del procedimento arbitrale in quanto forma essenziale del giudizio<sup>173</sup>.

In tal senso si esprime, per esempio, Amar<sup>174</sup>, secondo il quale la libertà di forme garantita dal codice non significa assenza di forme, in quanto «l'ordine pubblico vieterebbe che ogni forma fosse abolita; né si potrebbe chiamare giudizio quel fatto di arbitri che pronunziassero in una controversia senza avere precedentemente sentite le ragioni delle parti esposte od a voce o nelle memorie scritte, e senza che fosse loro somministrato il mezzo di decidere con piena cognizione di causa».

Secondo Mortara<sup>175</sup>, le disposizioni degli artt. 14 e 15 sono finalizzate a garantire la realtà e legalità del contraddittorio anche qualora le parti non abbiano stabilito nessuna regola sul procedimento nel patto compromissorio e la semplicità del metodo di istruzione della controversia (basata esclusivamente sul deposito di documenti e lo scambio di memorie) non imponga agli arbitri di stabilire una procedura. E, continua l'Autore, «La norma sostanziale e indeclinabile che si raccoglie dagli art. 14 e 15, la quale poteva anche essere formulata nettamente con maggiore semplicità, è questa: che in verun caso gli arbitri possono pronunziare la sentenza se non hanno udito la difesa di tutte le parti, o se non assegnato e lasciato trascorrere il termine conveniente per presentarla».

---

<sup>173</sup> La natura processuale dell'arbitrato rituale e il contraddittorio come principio di ordine pubblico processuale sono connotati che hanno ricevuto i dovuti chiarimenti (v. *supra* 2.1).

<sup>174</sup> M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1879, 224-225.

<sup>175</sup> L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, Milano s.d., III, 144.

Di «elemento essenziale del procedimento», facendo riferimento al contraddittorio, parla Barbareschi<sup>176</sup> il quale specifica che «qualunque sia il metodo di procedimento che si vuole adottare, bisogna anzitutto assicurare il contraddittorio, e cioè dar modo a ciascuna delle parti di esporre le sue difese e di replicare a quelle dell'avversario»<sup>177</sup>.

Analoga opinione viene espressa da Carnacini e Vasetti<sup>178</sup>, secondo i quali, sebbene la legge non lo dichiara espressamente, l'imprescindibilità dalle forme essenziali del giudizio, ivi compreso il contraddittorio, si può desumere non solo dai precitati artt. 14 e 15 c.p.c. ma, più in generale, «dalla considerazione che il giudizio arbitrale esige, come tutti i giudizi, l'imparzialità del procedimento nella ricerca di quanto è necessario per illuminare il giudice»<sup>179</sup>.

A dispetto di una dottrina quasi uniforme, parte della giurisprudenza, invece, riteneva che tali forme potessero non essere rispettate nel procedimento arbitrale qualora nel compromesso le parti non ne avessero esplicitamente imposto l'osservanza<sup>180</sup>. Tale posizione era il risultato dell'interpretazione restrittiva dell'allora vigente art. 32, n. 5, c.p.c., il quale prevedeva che il lodo potesse essere impugnato «se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificamente nel compromesso».

Lettura, quest'ultima, comunque criticata in dottrina<sup>181</sup>, propensa a interpretare il predetto art. 32, n. 5, c.p.c., nel senso che l'inosservanza delle forme imposte dalle parti nel compromesso è ragione di nullità del lodo solo se si tratta di norme previste a pena di nullità per i giudizi ordinari (e non nel senso che sia possibile trascurare le norme previste a pena di nullità per i

---

<sup>176</sup> L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 127.

<sup>177</sup> ID., *op. cit.*, 131.

<sup>178</sup> T. CARNACINI- M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 658.

<sup>179</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>180</sup> In tal senso, per esempio, App. Catania 28 maggio 1923, in *Foro civ.*, 1923, 305; App. Genova 24 febbraio 1930, in *Giur. it.*, 1931, 13.

<sup>181</sup> ID., *op. loc. cit.*

giudizi ordinari se la loro osservanza non sia stata prescritta nel patto compromissorio).

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio, mentre secondo alcuni esso non comportava la nullità del lodo, essendo alle parti «consentito di affidarsi alla coscienza e alla lealtà degli arbitri che le stesse hanno scelto»<sup>182</sup>, l'opinione prevalente<sup>183</sup> era nel senso della nullità del lodo pronunciato senza che fossero rispettate le esigenze del contraddittorio.

La prospettiva che qui emerge è coerente con quanto affermato (cfr. 1.1.4) trattando la portata assiologica del principio del contraddittorio nel c.p.c. del 1965. Sul presupposto che l'arbitrato rituale assume la forma del giudizio, il principio del contraddittorio trova anche qui la propria ragion d'essere in quanto complemento e correttivo dell'azione di parte, funzionalmente legato al fine del processo, la giustizia della decisione, che non potrebbe essere raggiunto se l'iniziativa processuale fosse lasciata a una sola delle parti.

## *2. La codificazione del 1942 e l'art. 816, comma 3, c.p.c.*

Con l'approvazione del codice di procedura civile del 1942 vi è un mutamento del panorama normativo.

A parte lo spostamento delle disposizioni relative all'arbitrato dalla parte iniziale del libro primo del codice a quella finale del libro quarto dedicato ai procedimenti speciali, per quanto riguarda, in particolare, la norma relativa al rispetto del contraddittorio era stato previsto all'art. 610 del progetto preliminare Solmi che gli arbitri «devono in ogni caso assegnare alle parti un termine per la presentazione dei documenti e delle memorie».

Successivamente, a seguito delle osservazioni critiche che la formulazione della disposizione aveva suscitato, all'art. 747 del progetto

---

<sup>182</sup> L. BARBARESCHI, *op. cit.*, n. 202 in fine.

<sup>183</sup> Sostenuta, per esempio, da E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 404 ss.



definitivo, proprio a maggiore garanzia del principio del contraddittorio, fu espressamente previsto che un termine fosse concesso, oltre che per «documenti e memorie», anche per «repliche».

Tale modifica è stata poi accolta nel testo definitivo, in quanto l'art. 816 comma 3 c.p.c. affermava che «essi [gli arbitri] devono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche».

La norma, nella sua formulazione letterale, non prevedeva una sanzione per il mancato rispetto della stessa, né una tale sanzione era prevista all'art. 829, comma 1 n. 7 c.p.c., il quale si limitava a stabilire che l'impugnazione per nullità era ammessa «se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, quando le parti ne avevano stabilito l'osservanza a norma dell'art. 816 e la nullità non è stata sanata».

I primi commentatori non si attardarono a notare il difetto di coordinamento tra le due disposizioni, la cui interpretazione letterale avrebbe comportato la possibilità di dichiarare la nullità del lodo solo quando gli arbitri non avessero rispettato le forme, prescritte a pena di nullità per i giudizi, espressamente richiamate dalle parti e non sanate, ma non in caso di mancata fissazione dei termini per lo scambio di memorie e repliche.

Tale conclusione, fondata sulla lettera delle disposizioni, non era però condivisibile. In primo luogo perché la presenza della locuzione «in ogni caso» e la stessa collocazione della norma imponevano la sua inserzione automatica tra le regole della procedura arbitrale (come clausola voluta dal legislatore anziché dalle parti). In secondo luogo, lo scambio di memorie e repliche era stato indicato, all'interno dei lavori preparatori, come mezzo indispensabile per assicurare la garanzia del contraddittorio ed essenziale per lo svolgimento del processo ai sensi dell'art. 101 c.p.c., così da ritenere la fissazione dei termini essenziale allo svolgimento della procedura arbitrale ai sensi dell'art. 156, comma 2 c.p.c.<sup>184</sup>. Inoltre, anche da un punto di vista logico sarebbe stato assurdo ritenere che la violazione della norma di cui all'art.

---

<sup>184</sup> V. ANDRIOLI, *Nota a Cass. 23 maggio 1947, n. 805*, in *Foro it.*, 1948, I, 22- 23.

816, comma 3, c.p.c. (nonché di quelle eventualmente stabilite dagli arbitri per regolare la procedura) provocasse conseguenze meno gravi della violazione delle norme stabilite dalle parti: con la conseguenza che era gioco forza ritenere che il legislatore *minus dixit quam voluit*<sup>185</sup>.

Analoghe considerazioni vengono svolte da Garbagnati<sup>186</sup>, il quale sottolinea come il legislatore, stabilendo che gli arbitri debbano concedere un termine per il deposito di memorie e repliche anche quando le parti non stabiliscono alcunché circa lo svolgimento della procedura, pone un limite al principio della libertà delle forme. Secondo l' Autore per tale motivo è necessario ritenere che tale norma abbia, agli occhi del legislatore, un'importanza maggiore di quella delle norme che disciplinano, anche a pena di nullità, il processo ordinario e che siano eventualmente richiamate dalle parti, e sia pertanto da considerare inderogabile.

### *3. L' interpretazione dei primi commentatori.*

I primi commentatori non sembrano in grado di apprezzare l'effettiva portata del principio enucleabile dall'art. 816, comma 3, c.p.c. e rimangono ancorati a una interpretazione letterale della disposizione: il principio del contraddittorio può considerarsi in ogni caso rispettato qualora gli arbitri abbiano assegnato alle parti termini per il deposito di documenti, memorie e successive repliche all'esito dell'attività istruttoria.

È questa, per esempio, l'opinione di Vecchione<sup>187</sup>, il quale – commentando una sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva ritenuto sussistere una violazione del principio del contraddittorio nell'ipotesi in cui l'arbitro, facendo uso del potere attribuito al giudice ai sensi

---

<sup>185</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>186</sup> E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 261 ss.

<sup>187</sup> R. VECCHIONE, *Violazione del principio del contraddittorio e nullità del lodo per mancata escussione di tutti i testi* (nota ad App. Milano 10 aprile 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 1209 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 291 ss.).

dell'art. 209 c.p.c., aveva disposto la chiusura di una prova per testi e poi successivamente respinto la domanda, non avendo l'attore fornito la prova del proprio assunto – afferma che l'art. 816, comma 3. c.p.c. «non enuncia la inderogabilità del principio del contraddittorio talché, attraverso l'assimilazione della facoltà di proporre e produrre prove nuove, si possa far assurgere a violazione di tale norma anche la mancata assunzione di prove. Il 3° comma dell'art. 816 cod. proc. civ. stabilisce solo che gli arbitri devono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; e, quando la norma si interpreti con le comuni regole esegetiche e tenendo presente l'art. 12 delle preleggi, non è umanamente possibile ampliare il precetto al di fuori dell'obbligo di assegnazione dei termini per la presentazione di documenti, memorie e repliche».

Se la soluzione offerta dall'Autore può essere accettata in relazione al fatto che l'utilizzazione da parte del giudice o dell'arbitro del potere assegnato dall'art. 209 c.p.c. non importa automaticamente la lesione del contraddittorio, dovendosi di volta in volta apprezzare in concreto l'operare del giudicante, ciò che non può essere approvata è l'interpretazione strettamente letterale della disposizione, così che neppure astrattamente possano porsi problemi di rispetto del contraddittorio nell'ipotesi in cui il giudice, all'esito dell'istruttoria, abbia assegnato termini per il deposito di memorie, documenti e repliche.

Tale concezione del contraddittorio, al fine del rispetto del quale è necessario ma anche sufficiente che all'esito dell'attività istruttoria siano concessi termini per memorie e repliche, è peraltro ribadita dall'Autore in altri scritti<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> V., per esempio, R. VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 178 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 297 ss.) oppure *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 523 ss., dove l'Autore afferma che «è consentito agli arbitri assumere i mezzi di prova senza convocare le parti e i loro difensori, limitandosi ad annotare gli elementi probatori emersi, senza dare a questa documentazione la forma del verbale», dovendosi intendere sussistente la violazione del contraddittorio elusivamente nell'ipotesi in cui gli arbitri non abbiano dato alle parti notizia dell'avvenuta assunzione delle prove e dei risultati della compiuta istruttoria.

Analoga a quella di Vecchione è la posizione espressa da Furno<sup>189</sup>, il quale, commentando la sentenza della Corte di Cassazione del 15 ottobre 1954, n. 3732, afferma che la disposizione dell'art. 816, comma 3, c.p.c., per il rigore con la quale è redatta, è insuscettibile di interpretazione estensiva, con la conseguenza che è sufficiente che gli arbitri adempiano alle prescrizioni ivi previste perché si possa considerare rispettato il contraddittorio. Inoltre, in accordo con quanto affermato dalla sentenza, l'Autore ritiene che l'art. 24, comma 2, Cost. non abbia «introdotto alcunché di nuovo o di diverso rispetto alla disciplina positiva del processo civile, e in particolare del procedimento arbitrale, dettata dal vigente codice di procedura civile», con la conseguenza che l'osservanza, da parte dell'arbitro, delle forme richieste dall'art. 816, comma 3, c.p.c., sarebbe sufficiente a garantire la contraddittorietà del giudizio e, pertanto, a escludere che la sentenza arbitrale possa essere riconosciuta viziata da nullità a motivo di un'asserita violazione del principio del contraddittorio.

Anche per il citato Autore il rispetto del principio del contraddittorio, nell'ambito dell'arbitrato rituale, finisce per essere sinonimo di rispetto della disposizione di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c., con la conseguenza che sarebbe a tal fine necessaria e sufficiente la concessione di termini per la presentazione di documenti e memorie e successive repliche all'esito dello svolgimento dell'istruttoria.

Nello stesso senso si esprime Carnacini<sup>190</sup>, secondo il quale «l'osservanza delle riportate prescrizioni [cioè quelle di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c.], in quanto rivolte a garantire la discussione e prima ancora la deduzione e la produzione di tutto ciò che le parti reputino opportuno di versare nel processo arbitrale nei limiti fissati con i quesiti, compendia ed esaurisce la tutela del contraddittorio, nulla aggiungendovi tra l'altro il disposto dell'art.

---

<sup>189</sup> C. FURNO, *Limiti di applicazione e tutela del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267.

<sup>190</sup> T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 887.

24, comma 2, Cost.»; e, aggiunge, non «sembra sia il caso di leggere nel 3° comma dell'art. 816 più di quello che v'è scritto».

E ancora nello stesso senso si esprime Andrioli<sup>191</sup>, secondo il quale «la violazione delle regole interne dei singoli mezzi istruttori, pur ispirate alla garanzia del contraddittorio (ad es., art. 244), non rientrano nella più generica struttura del comma in esame, diretto, nella più ampia deduzione desumibile, ad assicurare la trattazione sui risultati dell'istruttoria».

*4. Segue. L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 816, comma 3, c.p.c.*

L'interpretazione letterale della disposizione di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c. viene però progressivamente superata, in particolare utilizzando come norma di riferimento l'art. 24 della Costituzione.

Tale opzione interpretativa viene, tra i primi autori, valorizzata in relazione all'arbitrato da Ricci, il quale, ponendosi in ottica critica nei confronti della dottrina precedente, sottolinea come la stessa non fosse stata in grado di apprezzare il contenuto precettivo della norma costituzionale e della garanzia della difesa in essa sancita. L'applicazione della norma costituzionale impone invece il principio in base al quale «ogni parte deve essere posta in condizione di conoscere tutte le iniziative avversarie, ed interloquire al loro proposito, durante l'intero corso del procedimento, incluso quanto si riferisce all'istruzione probatoria. Né dubbi sono consentiti sulla necessità che alle parti sia anche concesso di assistere al formarsi della prova nel processo<sup>192</sup>. Tale interpretazione del contraddittorio è da intendersi non come mera concessione di termini per presentare documenti, memorie e repliche, ma come più ampia possibilità di partecipare a tutte le

---

<sup>191</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., IV, Napoli 1964, 828.

<sup>192</sup> E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 117. I descritti concetti erano peraltro in nuce già stati delineati dall'Autore nel saggio *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.

attività, poste in essere e dalla controparte e dagli arbitri, che si svolgono durante il procedimento arbitrale.

Tale idea «ampia» di contraddittorio è ormai sostenuta in dottrina sostanzialmente dalla totalità degli autori<sup>193</sup>.

5. *L' interpretazione giurisprudenziale dell'art. 816, comma 3 (successivamente 4) , c.p.c.*

Nei primi anni di vigenza della nuova disposizione la giurisprudenza si caratterizza per la presenza di pronunce che, pur riconoscendo la necessità del rispetto del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale, sono il risultato di una lettura strettamente letterale o ancora più riduttiva del comma 3 dell'art. 816 c.p.c.

La prima pronuncia edita sull'argomento è del 1946 e proviene dalla Corte di Appello di Roma<sup>194</sup>. Nel caso di specie, le parti non avevano stabilito le norme procedurali nel patto compromissorio, con la conseguenza di lasciare agli arbitri la libertà di regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno. Gli arbitri non procedevano alla fissazione di termini per presentare memorie e repliche, limitandosi ad ascoltare separatamente e in contraddittorio le parti, a leggere le memorie e a prendere atto delle loro deduzioni difensive. La questione sottoposta all'attenzione dei giudici riguardava la possibilità di dichiarare il lodo nullo per violazione dell'art. 816 c.p.c. Le argomentazioni addotte dalla Corte per negare la nullità del lodo vengono edificate sulla mancata previsione espressa, fra le ipotesi tassative di nullità previste dall'art. 829 c.p.c., del mancato rispetto della disposizione. Del resto, argomenta la Corte, l'importante sarebbe non tanto l'assegnazione

---

<sup>193</sup> In tal senso, a mero titolo esemplificativo, si vedano F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 196 ss. (ma tali idee sono sostenute dall'Autore in precedenti opere: v., per esempio, *L'arbitrato*, Torino 1991, 134 ss.; *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 224 ss.); G.F. RICCI, sub *art. 816 c.p.c.*, in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna 2001, 278; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 829 c.p.c.*, ivi, 641 ss.

<sup>194</sup> In *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 248 ss., con nota critica di E. GARBAGNATI, cit.

di termini per la presentazione di memorie e repliche, quanto che i giudicanti siano arrivati, in qualsiasi modo, a conoscere le rispettive ragioni delle parti. La debolezza di tale ragionamento veniva, del resto, posta in evidenza dalla difesa della parte soccombente, la quale sottolineava, tra l'altro, come la mancata fissazione di un esplicito termine per l'esposizione delle repliche avesse in sostanza reso lettera morta l'art. 817 c.p.c., il quale obbliga le parti di far valere, a pena di decadenza nel corso del procedimento, l'esorbitanza delle conclusioni della controparte dai limiti del patto compromissorio. Così da imporre alla Corte d' Appello, al fine di salvare la coerenza della propria costruzione, di ritenere che il vizio di extra compromesso sarebbe stato rilevabile per la prima volta in sede di impugnazione, qualora la parte non fosse venuta a conoscenza in modo tempestivo delle conclusioni della controparte.

Anche la prima sentenza della Corte di Cassazione successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942<sup>195</sup>, pur affermando la necessità del rispetto del contraddittorio, presenta degli aspetti criticabili. Nel caso in questione, la Corte di Appello di Catania aveva confermato la validità di un lodo rituale nonostante che l'arbitro, nel corso del procedimento, avesse assunto prove testimoniali, disposto perizie di stima, effettuato un inventario e raccolto il giuramento estimatorio di una delle parti senza dare preavviso alle parti stesse e senza comunicare alle medesime i risultati dei mezzi di prova assunti e degli accertamenti compiuti. Secondo la Corte d' Appello tale comportamento sarebbe stato pienamente legittimo, essendo stato l'arbitro, nel patto compromissorio, autorizzato a decidere secondo giustizia ed equità le controversie pendenti tra le parti, con dispensa dall'obbligo di osservare formalità procedurali e con facoltà di procedere agli atti di istruzione necessari. La parte soccombente impugnava la sentenza di fronte alla Cassazione, in quanto, secondo quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, «la facoltà di prescindere da determinate forme non può significare l'assoluzione dell'obbligo di rispettare la necessità del contraddittorio e

---

<sup>195</sup> Si fa riferimento a Cass. 23 maggio 1947, n. 805, in *Foro it.*, 1948, I, 22, con nota di V. ANDRIOLI.

l'uguaglianza delle parti, e ciò per il presupposto fondamentale in tema di assunzione di prove, del diritto di ciascuna delle parti di concorrere alla elaborazione delle stesse nella triplice fase della costituzione delle prove, assistenza alle medesime, conoscenza e possibilità di utilizzazione del materiale raccolto».

La Cassazione accoglie il motivo di impugnazione, riformando la sentenza con una motivazione che è tuttavia non del tutto convincente. Infatti, secondo la Corte, la lesione del contraddittorio si sarebbe verificata esclusivamente nel momento in cui, compiuti gli atti di istruzione, l'arbitro non ha messo le parti in grado di esercitare i propri diritti di difesa con l'assegnazione di termini per la presentazione di memorie e repliche, allo scopo di poter dimostrare la fondatezza delle proprie ragioni. Tale tesi, però, è solo in parte condivisibile. Fermo l'assunto che le parti devono essere poste in grado di far pienamente valere le loro ragioni successivamente alla fine della fase istruttoria, non è parimenti accettabile, però, l'affermazione che «l'arbitro aveva la facoltà di regolare l'assunzione delle prove ed ogni altro accertamento nel modo da lui ritenuto più opportuno» (*id est*: anche all'oscuro di una delle parti), dal momento che la piena esplicazione del principio del contraddittorio presuppone altresì che le parti siano poste in grado di partecipare, tramite i loro difensori, anche alla fase di costituzione e assunzione delle prove.

Di poco successiva è la sentenza della Corte di Cassazione del 9 agosto 1948 n. 1447<sup>196</sup>, che afferma il principio secondo il quale «la violazione della disposizione del terzo comma dell'art. 816 c.p.c., che tutela il principio del contraddittorio nei giudizi arbitrali, stabilendo una forma del procedimento vincolante gli arbitri e le parti, importa nullità che trova la sua correlativa sanzione nell'art. 829 n. 7 stesso codice e però è sanabile ai sensi dell'art. 157 comma 2 del codice medesimo».

Anche tale sentenza suscita dei dubbi, sia in relazione al principio affermato in massima che al contenuto della motivazione. Quanto al primo

---

<sup>196</sup> In *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 267, con nota di M. ELIA.



punto, è discutibile l'applicabilità al regime di nullità conseguente alla lesione del contraddittorio della norma di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c., la quale prevede la possibilità di rilevare il vizio di nullità esclusivamente per la parte nel cui interesse è stabilito un requisito ed esclusivamente nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso. Si deve, invece, ritenere che la violazione del contraddittorio possa essere rilevata da qualunque parte (non essendo il requisito posto nell'interesse di una parte specifica) e non necessariamente nella prima difesa successiva alla violazione, come se si trattasse di una nullità formale e non attinente a un presupposto processuale. Quanto alla motivazione, il termine di difesa concesso dagli arbitri risulta palesemente inadeguato allo scopo, potendo le parti, nel caso di specie, depositare memorie e documenti fino al giorno antecedente all'udienza durante la quale la controparte avrebbe dovuto quindi prendere posizione in ordine ai documenti depositati e al contenuto della memoria.

In generale, viene comunque sottolineato in giurisprudenza, sulla scorta della dizione letterale dell'art. 816 c.p.c., commi 1 e 2, c.p.c., come le parti siano libere di stabilire, nel patto compromissorio ovvero con atto scritto successivo purché anteriore all'inizio del giudizio, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e, in subordine, che sia rimesso agli arbitri di regolare la procedura nel modo che ritengono più opportuno.

Libertà di forme non è, però, sinonimo di completa assenza di regole<sup>197</sup>, dal momento che, anche qualora l'arbitro sia autorizzato a decidere senza rispettare formalità di procedura, è comunque necessario osservare le norme di ordine pubblico, il cui rispetto si impone al di là della volontà delle parti<sup>198</sup> e degli arbitri. Tali norme sono dalla giurisprudenza collegate ai motivi di nullità tassativamente indicati dall'art. 829 c.p.c. e tra queste deve essere

---

<sup>197</sup> V., in tal senso, le osservazioni di E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Dir. arb.*, 1993, 1 ss.

<sup>198</sup> È stato infatti correttamente messo in evidenza che il rispetto del principio del contraddittorio si pone come limite invalicabile anche per il potere regolamentare delle parti: così, per esempio, R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova 1957, 324-325; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 478.

senza dubbio annoverata la disposizione dell'art. 816, comma 3, c.p.c., che tutela il contraddittorio.

Tuttavia, come già accennato, nelle più risalenti pronunce della giurisprudenza vi è una interpretazione letterale della disposizione, nel senso che, essendo stabiliti espressamente gli adempimenti ai quali gli arbitri sono tenuti, il rispetto degli stessi è considerato necessario e sufficiente per ritenere soddisfatto il rispetto del principio del contraddittorio; essendo, invece, nullo il lodo qualora gli arbitri abbiano pronunciato lo stesso immediatamente dopo la chiusura dell'istruttoria, senza concedere alcun termine<sup>199</sup>. Di conseguenza, vi sono sentenze che, in ossequio a una

---

<sup>199</sup> In tal senso App. Genova 26 novembre 1949, in *Rep. Giur. it.*, 1950, n. 49, secondo il quale «la libertà degli arbitri di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno è limitata in ogni caso dall'osservanza delle norme sulla garanzia del contraddittorio secondo il terzo comma dell'art. 816 codice di procedura civile»; Cass. 22 aprile 1950, n. 1076, secondo la quale «è nulla la pronuncia dell'arbitro quand'egli abbia pronunciato il lodo immediatamente dopo la chiusura dell'istruttoria, senza aver dato alle parti un termine per sottoporgli le loro osservazioni e difese, quand'anche queste ultime lo abbiano autorizzato a pronunciare secondo equità e senza l'osservanza di formalità di procedura»; Cass. 6 giugno 1951, n. 1444, in *Mass. Foro it.*, 1951, 348, secondo la quale «gli arbitri, qualora le parti non abbiano fissato le norme da osservare nel procedimento, possono regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, anche per quanto riguarda l'assunzione delle prove, con il solo obbligo di assegnare alle parti termini per le loro difese dopo la chiusura dell'istruttoria»; Cass. 22 dicembre 1951, n. 2878, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Arbitramento*, n. 71, secondo la quale «è nulla la pronuncia arbitrale per violazione del principio essenziale del contraddittorio se l'arbitro, dopo l'espletamento di mezzi istruttori, abbia provveduto ad emettere il lodo senza aver assegnato alle parti un termine, per consentire loro, sulla base della istruttoria medesima, di sottoporgli le proprie osservazioni e difese, e ciò anche quando l'arbitro sia stato autorizzato a giudicare secondo equità e le parti non abbiano imposto alcuna formalità di procedura»; App. Milano 16 ottobre 1952, in *Foro pad.*, 1953, I, 32; Cass. 14 marzo 1953, n. 611, in *Giust. civ.*, 1953, 581 e *Giur. it.*, 1953, I, 1, 880, secondo la quale è nullo per violazione del principio del contraddittorio il lodo che sia stato emesso dagli arbitri senza l'assegnazione di un termine a difesa alla chiusura dell'istruttoria; Cass. 11 agosto 1954, n. 2940, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, n. 87, secondo la quale «nell'arbitrato rituale la dispensa dalla osservanza delle formalità di procedura ordinaria, compatibile con la natura dell'istituto (art. 816), non esime dall'obbligo di ottemperare a quanto prescrive inderogabilmente l'art. 816, 3° comma c.p.c. Onde non può desumersi da quella dispensa la volontà di derogare a questa norma, e dedurre una diversa natura dell'arbitrato»; Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 176, con nota di R. VECCHIONE e *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267, con nota di C. FURNO; Cass. 29 marzo 1956, n. 919, in *Mass. giur. it.*, 1956, 201, secondo la quale l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816 comma 3 c.p.c., il quale impone che alle parti siano in ogni caso assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; App. Cagliari 18 maggio 1957, in *Giust. civ., mass. app. Cagliari*, 1957, 15, secondo il quale «gli arbitri, anche se autorizzati a pronunciare secondo equità e benché dispensati da formalità di procedura, hanno in ogni caso l'obbligo inderogabile di rispettare il principio essenziale del contraddittorio, e in virtù dell'art. 816 comma 3 c.p.c., sono quindi tenuti, quando abbiano espletato mezzi di prova e prima di emettere la pronuncia, ad assegnare alle parti congruo

interpretazione letterale del principio secondo il quale gli arbitri possono, in assenza di vincoli imposti dalle parti, regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno anche in relazione all'assunzione dei mezzi di prova, finiscono per attribuire agli arbitri il potere di gestire la fase istruttoria senza la necessità di rispettare il contraddittorio.

---

termine nel quale esse possano sottoporre all'esame degli arbitri le osservazioni e difese alla luce della compiuta istruzione probatoria. Conseguentemente, quando gli arbitri non si uniformino a tale precetto, viene posta in essere una violazione del principio del contraddittorio la cui inosservanza attiene all'ordine pubblico, dalla quale violazione, ai sensi dell'art. 829 comma 7, consegue la nullità del lodo»; Cass. 5 luglio 1957, n. 2638, in *Mass. giur. it.*, 1957, 586, secondo la quale «a norma dell'art. 816 comma 3 l'arbitro, per non incorrere nella violazione del principio del contraddittorio, deve, a istruttoria compiuta e prima di emettere la sua pronuncia, assegnare alle parti un termine per consentire loro, sulla base delle risultanze istruttorie, di sottoporgli le rispettive osservazioni e difese, e ciò anche quando le parti abbiano autorizzato l'arbitro a giudicare secondo equità e non abbiano stabilito alcuna formalità di procedura»; App. Napoli 19 maggio 1958, in *Giust. civ., mass. app. Napoli*, 1958, 96, secondo il quale l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816 comma 3 c.p.c., il quale impone che alle parti siano, in ogni caso, assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; App. Torino, 23 giugno 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 364, in base al quale «gli arbitri, anche se dispensati dall'osservanza delle norme di procedura, hanno l'obbligo inderogabile di assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche. Quando a tale precetto essi non si uniformino, è posta in essere una violazione del principio del contraddittorio che determina la nullità del lodo»; App. Genova 18 luglio 1958, in *Foro it., rep.*, 1958, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 108 e *Giust. civ., mass. app. Genova*, 1958, 45, secondo il quale non basta, perché il principio del contraddittorio venga rispettato, che le parti si siano scambiate scritti difensivi nel corso del giudizio arbitrale ma, ove siano stati esperiti mezzi di prova, occorre a esse sia stata data la possibilità di esaminare il materiale probatorio raccolto e di svolgere, in relazione allo stesso, le opportune istanze; App. Firenze, 9 luglio 1959, in *Giur. tosc.* 1959, 621, secondo il quale «gli arbitri autorizzati a decidere secondo equità e senza formalità di procedura non sono dispensati dall'osservanza delle norme di ordine pubblico - ivi compreso il rispetto del principio del contraddittorio ex art. 816 comma 3 c.p.c. -, che sono quelli la cui violazione dà luogo a uno dei motivi di nullità tassativamente elencati dall'art. 829 c.p.c. Pertanto è nullo il lodo pronunciato dagli arbitri che abbiano ommesso di assegnare, a una delle parti, un termine per la presentazione di deduzioni, repliche o difese»; Cass. 17 marzo 1960, n. 540, in *Rep. Giur. it.*, 1960, n. 92 così massimata: «l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816, 3° comma, c.p.c., il quale impone che alle parti siano in ogni caso assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche, e non nel senso che, esposte le reciproche difese e ragioni, gli arbitri siano vincolati a disporre tutti i mezzi istruttori proposti dalle parti, anche quando ritengono che, per i risultati raggiunti, ogni ulteriore indagine probatoria sia superflua»; App. Trieste 11 dicembre 1963, in *Rep. Giur. it.*, 1964, voce *Arbitrato*, n. 18, così massimata: «non sussiste violazione del principio del contraddittorio, onde non si verifica nullità della sentenza arbitrale, quando assunti atti istruttori gli arbitri danno notizia dei risultati con possibilità alle parti di deduzioni»; Cass. 29 ottobre 1968, n. 3614, in *Rep. Giur. it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 65.

Paradigmatica in tal senso è la sentenza della Corte di Cassazione del 24 Maggio 1968, n. 1583<sup>200</sup>, che non ha ritenuto sussistere una violazione del contraddittorio in un'ipotesi in cui gli arbitri: avevano assunto mezzi di prova senza convocare le parti e i loro difensori; avevano ridotto la documentazione dei mezzi assunti alla semplice annotazione degli elementi emersi senza procedere alla redazione di un verbale; avevano, nel corso della fase decisoria, provveduto a effettuare nuovi esperimenti istruttori senza successivamente concedere alle parti un termine per spiegare le loro osservazioni, in virtù della considerazione che all'espletamento di tali mezzi istruttori avevano avuto la possibilità di partecipare anche dei tecnici incaricati dalle parti.

Principi analoghi vengono espressi anche in sentenze più recenti, come Cass. 29 Gennaio 1992, n. 923<sup>201</sup>, secondo la quale in un arbitrato di equità, quindi senza obbligo di osservanza delle formalità procedurali, non sussiste violazione del principio del contraddittorio con riferimento alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio allorché gli arbitri, dopo il deposito della relazione peritale, concedono alle parti un termine per predisporre, in relazione alle risultanze della stessa, note e deduzioni, senza però aver permesso alle stesse di nominare un consulente tecnico di parte e di formulare quesiti prima della redazione della consulenza tecnica<sup>202</sup>.

Sono invece rare, almeno nei primi anni di vigenza del codice del 1942, le sentenze che, in senso più ampio, affermano che il rispetto del contraddittorio non imponga soltanto dei termini a difesa successivi all'espletamento dell'istruttoria, ma altresì che le parti siano ascoltate in tutto il corso del procedimento e quindi anche durante la fase di trattazione/istruzione.

---

<sup>200</sup> In *Riv. dir. proc.*, 1969, 703, con nota di E.F. RICCI e *Giust. civ.*, 1968, 2013, con nota redazionale di ROMANO VACCARELLA.

<sup>201</sup> In *Foro it.*, 1992, I, 1385.

<sup>202</sup> Sul problema del rispetto del contraddittorio nella consulenza tecnica v., *infra*, 2.4.10.

Tale principio si affermerà progressivamente<sup>203</sup> e andrà comunque di pari passo con l'affermazione della necessità di fissare in ogni caso alle parti, alla fine dell'istruttoria, un termine per la produzione di memorie e la produzione di documenti al fine di illustrare le proprie ragioni<sup>204</sup>.

In tale ottica, è stata dichiarata la nullità, per violazione del principio del contraddittorio, di un lodo pronunciato dagli arbitri in quanto dopo l'espletamento dell'istruttoria (nella specie: consulenza tecnica e richiesta, al consulente, di chiarimenti integrativi) era stato concesso alle parti un termine per il deposito di eventuali memorie conclusionali ma, prima della scadenza di tale termine, l'ordinanza che disponeva la concessione di tale termine era stata revocata su reclamo di una delle parti e il lodo era stato reso immediatamente<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> In tal senso, per esempio, App. Caltanissetta 11 luglio 1949, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 491; Cass. 29 gennaio 1953, n. 244, la quale nella parte motiva afferma che l'assegnazione di termini «diretta ... a garantire l'osservanza dell'inderogabile principio del contraddittorio, deve aver luogo sia nella fase iniziale del giudizio che nel corso di esso, tutte le volte in cui gli arbitri avvertono la necessità di compiere determinati atti di istruzione. Infatti sia nell'uno che nell'altro stadio del processo, le parti hanno il diritto di avere conoscenza delle avverse deduzioni, di confutarle e di proporre le loro osservazioni in ordine agli assunti mezzi di prova al fine di dimostrare, anche in relazione ad essi, la fondatezza delle spiegate richieste» (sulla base dell'enunciata motivazione, la sentenza cassa quella emessa dalla Corte d'appello, la quale non aveva ritenuto sussistere violazione del contraddittorio nel fatto che gli arbitri non avessero concesso alcun termine a difesa alle parti, nonostante l'assunzione di un mezzo di prova, in quanto le parti sarebbero state sufficientemente rappresentate ciascuna dal proprio arbitro); Cass. 4 febbraio 1959, n. 331, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 128; Cass., 29 settembre 1964, n. 2475, in *Foro it.*, 1964, I, 2050, secondo la quale gli arbitri, per il rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, devono sempre «dare la possibilità alle parti di svolgere le ragioni in tutto il corso del giudizio e particolarmente, quando siano stati assunti mezzi di prova e sia stata espletata una istruttoria, far conoscere alle parti i risultati dell'istruttoria medesima e concedere loro termine per le loro conclusioni, deduzioni e difese a seguito dell'istruttoria espletata»; Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato e compromesso*, n. 28, la quale, peraltro, afferma anche che, al fine di accertare se vi sia stata o meno violazione del contraddittorio, deve aversi riguardo agli argomenti sui quali si è fondata la decisione, con una valutazione, quindi, *ex post* e non *ex ante* della violazione; Cass. 4 febbraio 1972, n. 269, in *Mass. Giur. it.*, 1972, 99.

<sup>204</sup> V., per esempio, Cass. 18 marzo 1981, n. 1596, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Arbitrato*, n. 94; Cass. 16 maggio 2000, n. 6288; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1496; App. Roma 6 novembre 2003, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 62; Cass. 26 settembre 2007, n. 19949.

<sup>205</sup> Così Cass. 27 ottobre 2004, n. 20828, in *Foro it.*, 2005, 1, 1768, nota di R. CAPONI; nell'analogo senso della necessità dell'assegnazione di termini al termine dell'attività istruttoria svolta nel corso del procedimento arbitrale vedi anche Cass. 21 settembre 2004, n. 18918.

In senso analogo, si è ritenuto che abbia violato il principio del contraddittorio un collegio arbitrale che, pur se autorizzato a decidere secondo equità, aveva concesso alle parti un unico termine per presentare documenti, memorie e per esporre le repliche, non riconoscendo di fatto la facoltà di replica che, per poter essere concretamente esercitata, postula che le parti dopo la chiusura dell'istruttoria (orale o documentale che sia) abbiano a disposizione un lasso di tempo, in aggiunta a quello concesso per l'espletamento dell'istruttoria stessa, per valutare gli elementi raccolti e (eventualmente) controdedurre<sup>206</sup>.

In un'altra pronuncia, la Cassazione ha affermato che nel caso in cui, successivamente al deposito delle memorie autorizzato dagli arbitri, vengano esperiti incombenti istruttori di qualsiasi tipo, la verifica del rispetto del principio del contraddittorio esige l'accertamento che le parti siano state poste non solo in condizione di partecipare alle prove ma anche che siano state rese edotte del fatto che gli arbitri consideravano chiusa l'istruttoria e siano state inoltre poste in grado di formulare le proprie conclusioni e difese definitive anche in relazione all'istruttoria espletata<sup>207</sup>.

Vi sono comunque decisioni che, pur affermando la necessità del rispetto del contraddittorio, finiscono per dare soluzioni concrete discutibili.

È il caso di una sentenza resa dalla Corte di Appello di Firenze il 2 aprile 1999<sup>208</sup>, la quale ha ritenuto non sussistere violazione del diritto alla difesa in un'ipotesi in cui gli arbitri, al termine dell'istruttoria, concedevano alle parti un termine di quattro giorni per la presentazione di memorie e di ulteriori due giorni per la preparazione della discussione orale successiva, tenuto

---

<sup>206</sup> Così Cass. 1 aprile 1996, n. 3006.

<sup>207</sup> V. Cass. 12 aprile 2001, n. 5498, in *Foro it.*, 2001, I, 1, 2524. Nel caso di specie, gli arbitri esperirono due sopralluoghi dopo la scadenza dei termini concessi per memorie e repliche. Impugnato il lodo per nullità, la Corte d' Appello aveva escluso la nullità ai sensi dell'art. 829, n. 9, c.p.c., ritenendo che, essendo stati i sopralluoghi effettuati dal collegio arbitrale nel contraddittorio delle parti informate tempestivamente, alla presenza dei rispettivi consulenti tecnici, non era necessario concedere un ulteriore termine per memorie. Sulla base del principio enunciato veniva cassata la sentenza della Corte d'Appello.

<sup>208</sup> In *Foro it.*, 1999, I, 2, 1408.

conto che i temi in contestazione erano stati già ampiamente trattati e discussi tra le parti in precedenza.

In senso contrario, è stato invece ritenuto che sussista violazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui, avendo un collegio arbitrale fissato un termine per memorie e produzioni, lo stesso venga fatto decorrere non dall'effettiva conoscenza del termine a opera delle parti ma da quella di invio del provvedimento<sup>209</sup>.

Occorre, inoltre, sottolineare che, accanto a sentenze che affermano la necessità non solo del rispetto del contraddittorio nel corso dell'intero procedimento arbitrale ma anche della concessione di termini per memorie e repliche all'esito dell'istruttoria, ve ne sono altre asserenti il rispetto del contraddittorio secondo una valutazione in concreto, in relazione cioè al tipo di attività difensiva effettivamente svolta dalle parti e non legato all'aspetto formale della concessione di termini; con la conseguenza che il lodo sarebbe valido anche nell'ipotesi in cui, in assenza della concessione di termini a difesa, le parti siano comunque messe in condizione di difendersi<sup>210</sup>.

*6. La «novella» n. 25/94: consacrazione normativa del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale.*

L'istituto dell'arbitrato rituale è stato profondamente riformato con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25, a distanza di poco più di un decennio dalla prima riforma intervenuta con Legge 9 febbraio 1983 n. 28.

I primi commenti sulla novella sembrano improntati ad una certa soddisfazione, sia per l'opportunità delle innovazioni introdotte, sia per la qualità dell'intervento sotto il profilo tecnico-normativo. Forse perché il testo approvato dalle Camere, a seguito di un disegno di legge governativo del Ministro Vassalli, riprodotto poi nella proposta di legge del Sen. Covi, non

---

<sup>209</sup> v. Cass. 22 gennaio 1996, n. 464, in *Riv. arb.*, 1996, 295 ss.: nel caso di specie il provvedimento di fissazione del termine era stato comunicato tramite il servizio postale e la tardiva ricezione dello stesso aveva consumato circa due terzi del termine a svantaggio di una delle parti.

<sup>210</sup> Tale aspetto verrà approfondito *ultra*, 2.2.9.

tradisce la matrice originaria, che è costituita da un testo-base predisposto in seno all'A.I.A. (Associazione Italiana per l'Arbitrato) da un gruppo di lavoro (di cui facevano parte insigni studiosi) coordinato dal Presidente G. Mirabelli e sottoposto a verifiche nel corso di una giornata di studio svoltasi a Roma il 20 maggio 1989.

Fazzalari ha osservato, in via generale, che «in un'epoca di leggi di basso profilo, quella in esame ne presenta uno adeguato» e che, pur essendovi delle ombre, «nella nuova legge prevalgono le luci»; in particolare ha sottolineato che «le innovazioni apportate... fanno progredire, e non di poco, la disciplina dell'arbitrato», assicurando all'arbitrato rituale «una più completa e migliore disciplina, nonché più adeguata autonomia rispetto alla giustizia dello Stato»<sup>211</sup>.

Guarnieri ha rilevato che la legge si pone «nell'ottica sistematica di un arbitrato al quale viene sempre più riconosciuta una funzione, e... una nobiltà giurisdizionale» ; pur dolendosi che si è trattato di una occasione perduta per inserire nella normativa generale un riferimento alla realtà dell'arbitrato irrituale<sup>212</sup>.

La novità più rilevante consiste nella introduzione di una specifica disciplina sull'«arbitrato internazionale», con la tecnica dell'innesto di un apposito Capo VI (artt. 832-838 c.p.c.) nel Titolo VIII; nonché di una disciplina sui «lodi stranieri» (artt. 839-840 c.p.c.), con l'innesto del Capo VII. In tal modo il vigente codice di rito si è formalmente «allungato» di altri nove articoli e anche arricchito dal punto di vista sostanziale.

Le altre novità-chiave riguardano aspetti eterogenei del procedimento arbitrale<sup>213</sup>.

È in questa occasione che il rispetto del principio del contraddittorio in materia di arbitrato rituale ha finalmente trovato una consacrazione normativa. Infatti, il novellato art. 829 c.p.c., al n. 9, prevede espressamente

---

<sup>211</sup> FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in Riv. arb. 1994, n. 1, pag. 1.

<sup>212</sup> GUARNIERI, *La riforma dell'arbitrato*, in Le Società, 1994, n. 3, pag. 310.

<sup>213</sup> In particolare, in punto di domanda, vedi *ultra* 2.4.3.



come causa di nullità del lodo arbitrale l'ipotesi della inosservanza nel relativo procedimento del principio del contraddittorio.

Prescindendo dalla discussione sulla natura innovativa o meramente ricognitiva di tale previsione, la sua presenza conferma la correttezza di una tesi dottrinale che vede nel rispetto del contraddittorio un "principio cardine" in materia processuale, di rilevanza addirittura costituzionale in riferimento all'art. 24 Cost..

Che l'arbitrato sia un processo, cioè una sequenza di attività cui partecipano i destinatari degli effetti del lodo è nozione elementare che promana da esperienza immemorabile<sup>214</sup>. Che il rispetto del contraddittorio sia un principio fondamentale nel processo, nel senso che le parti debbano godere di pari opportunità di dire e contraddire, è tesi da tutti condivisa.

Il dubbio interpretativo nasceva dall'equivoco di identificare e confondere, in materia di arbitrato, il carattere della processualità con la sua (discussa) giurisdizionalità. Una volta ammesso che la processualità è ravvisabile anche in contesti diversi dalla funzione giurisdizionale pubblica (per esempio, nelle occasioni in cui, anche al di fuori del processo, si compiono attività destinate comunque a condizionare l'esito di un futuro giudizio), si deve dedurre che il contraddittorio è regola inderogabile anche fuori della giurisdizione pubblica.

#### *7. La riforma del 2006.*

Quello descritto nei paragrafi precedenti è il quadro sul quale è intervenuta la riforma del titolo VIII del libro IV del c.p.c., da inserirsi all'interno del più generale fenomeno di riforma che ha investito ampi settori del processo civile nel corso degli anni 2005/2006.

Serie di riforme iniziata dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante «Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato

---

<sup>214</sup> FAZZALARI, *op. loc. cit.*

nonché per la riforma organica delle procedure concorsuali», poi convertito con modifiche nella legge 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 1, comma 2. Questa conteneva la delega al governo per la riforma dell'istituto arbitrale, successivamente attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, recante «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80».

Per quanto riguarda, in particolare, il principio del contraddittorio in tema di arbitrato, sia l'art. 816, comma 3 (successivamente comma 4) c.p.c. che l'art. 829, comma 1, n. 7 (e, successivamente alla riforma del 1994, n. 9) c.p.c. sono stati, seppur in misura differente, interessate dall'intervento novellatore del legislatore. Del tutto innovativa è stata invece la previsione di una disciplina relativa alla morte, estinzione e perdita di capacità della parte del procedimento arbitrale, cioè di quegli eventi che provocano l'interruzione del processo, istituto finalizzato a garantire l'effettività del contraddittorio<sup>215</sup>.

In relazione alla norma generale di cui all'art. 816, comma 4, c.p.c., a seguito dell'intervento riformatore la vecchia disposizione, che prevedeva che «[gli arbitri] debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche», è stata sostituita da una nuova disposizione, contenuta nel primo comma del nuovo art. 816-*bis* c.p.c. e applicabile in tutti i procedimenti arbitrali per i quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente al 2 Marzo 2006, in base alla quale «[gli arbitri] debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa».

Come è stato messo in evidenza in dottrina<sup>216</sup>, il confronto tra la vecchia e la nuova dizione della disposizione fa avvertire immediata «la sensazione di un salto qualitativo», dal momento che ora viene espressamente dichiarato un principio, prima ricavabile esclusivamente in via interpretativa da una

---

<sup>215</sup> Per la trattazione dei quali vedi *ultra* 2.3

<sup>216</sup> V. P. L. NELA, Sub art. 816-*bis* c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI), II, Bologna, 2007, 1723.

disposizione relativa all'assegnazione di termini per produrre documenti e memorie.

In realtà già da tempo la dottrina, a differenza della giurisprudenza – a maggior ragione dopo l'introduzione, a seguito della novella del 1994, della disposizione che sanciva la nullità del lodo che fosse stato emesso in violazione del principio del contraddittorio – aveva messo in evidenza come dall'art. 816, comma 4, c.p.c. dovesse trarsi un principio più ampio di quello desumibile dalla lettera della disposizione; ma attraverso la nuova formulazione si può apprezzare pienamente come «rispetto del contraddittorio non significa infatti solo attribuire alle parti tutto lo spazio possibile per presentare memorie e repliche, ma significa privilegiare il loro potere anche in riferimento ad attività non strettamente difensive, come ad esempio la partecipazione a tutto il complesso svolgimento dell'*iter* istruttorio e della formazione del giudizio di fatto»<sup>217</sup>.

E l'espresso richiamo, in una disposizione relativa al procedimento arbitrale, del principio del contraddittorio, non può che essere salutata con favore, dal momento che potrebbe finalmente favorire il superamento di certe posizioni della giurisprudenza, la quale, nonostante l'introduzione del numero 9 dell'art. 829 c.p.c., non sembrava aver tratto le opportune conseguenze in ordine a quella che dovrebbe essere la reale estensione del contraddittorio<sup>218</sup>. A tali angustie interpretative fa fronte la nuova formulazione della disposizione, dalla quale sarà per i giudici possibile trarre la base per una applicazione rigorosa e completa del principio.

---

<sup>217</sup> Così G. F. RICCI, Sub art. 816-bis c.p.c., in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), 2a ed., Bologna, 2008, 375.

<sup>218</sup> Si prenda, a titolo d'esempio, App. Roma 28 aprile 2003, in *Guida dir.*, 2003, 38, 83 secondo il quale la garanzia del contraddittorio «è assicurata pienamente quando ciascuna delle parti sia stata messa in condizione di svolgere le proprie difese ... nel pieno rispetto della simmetria processuale delle parti stesse», anche qualora attore e convenuto non siano stati posti in grado di «esporre, prima della pronuncia del lodo, le proprie valutazioni sui risultati delle attività compiute nel corso del processo arbitrale e, segnatamente, dei mezzi istruttori assunti durante il suo svolgimento».

È da salutare con favore anche l'espresso richiamo alla necessità che siano concesse «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»<sup>219</sup>. Con tale espressione il legislatore ha sottolineato come il rispetto del contraddittorio sia tale, agli effetti della disposizione, solo se la difesa sia contrassegnata dal principio di effettività. Da ciò si desume che non è sufficiente il semplice fatto che le facoltà attribuite alle parti siano paritarie, ma è necessario che a tale uguaglianza si accompagni una reale possibilità di difendersi pienamente e adeguatamente. In tal senso, non sarebbe sufficiente che le parti siano poste in grado di svolgere, sullo stesso piano, identiche attività, ma è necessario anche che i poteri attribuiti alle parti siano effettivi<sup>220</sup>.

In particolare, l'espressa necessità del rispetto del contraddittorio potrà permettere di trasferire, anche nell'ambito del procedimento arbitrale, gli stessi principi elaborati a riguardo nell'ambito del processo civile.

In primo luogo, così come è stato già possibile mettere *supra* in evidenza, ogni volta in cui l'arbitro – alla pari del giudice – individua una questione di fatto o di diritto rilevante ai fini della decisione e non previamente sollevata e discussa tra le parti, ha l'onere di rilevarla in modo di poter permettere alle parti di fare deduzioni ed eventualmente allegare fatti e chiedere mezzi istruttori, così da evitare di dar vita a un lodo cd. della terza via o della terza opinione. Qualora, pertanto, ai fini della decisione che l'arbitro intende adottare sia rilevante una questione, si deve ritenere che gravi in capo allo stesso l'obbligo di suscitare il contraddittorio sul punto di fatto o di diritto rilevato d'ufficio, anche qualora la rilevazione avvenga al momento della decisione e quindi a istruttoria conclusa. E un discorso analogo può essere fatto qualora l'arbitro ammetta d'ufficio dei mezzi di prova, in quanto, anche

---

<sup>219</sup> La nuova formulazione della disposizione è valutata positivamente, tra gli altri, da G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova 2006, 100 e M.F. GHIRGA, sub art. 816-bis, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Nuove leggi civili commentate*, 2007, 1258 ss.

<sup>220</sup> Così, per esempio, non sarebbe sufficiente ad assicurare il rispetto del contraddittorio che le parti abbiano avuto termini identici per svolgere le proprie attività difensive (è chiaro, infatti, che l'assegnazione di facoltà non paritarie, tali da rendere l'attività di una parte più disagiata rispetto a quella della controparte, è di per sé sintomo della lesione del contraddittorio), ma è altresì necessario che tali termini siano in concreto idonei allo scopo.

in questo caso, dovrà essere data la possibilità alle parti di difendersi adeguatamente e, in particolare, di dedurre mezzi istruttori in controprova.

In generale, è necessario sottolineare come l'interesse dell'attività istruttoria debba essere ispirata al principio del contraddittorio, in modo da evitare che il giudice possa trarre il proprio convincimento attraverso elementi sottratti al controllo delle parti. Il che equivale a dire che non solo la fase di ammissione delle prove, ma anche il momento della formazione e quello successivo della valutazione debbono essere svolti nel rispetto del principio del contraddittorio.

#### *8. Il "quomodo" dell'attuazione del principio del contraddittorio.*

In merito all'attuazione del contraddittorio, in dottrina è stato messo in evidenza come non esistano, sul piano operativo, modi canonici per il rispetto del principio all'interno dell'arbitrato, essendo adatta ogni tecnica che permetta alle parti di dedurre, produrre e replicare all'avversario<sup>221</sup>.

Tale tesi sarebbe avvalorata dalla nuova formulazione dell'art. 816-bis che, prevedendo l'attuazione del principio del contraddittorio «concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa», farebbe contraddistinguere il principio stesso da una dimensione effettiva senza articolarsi, necessariamente, mediante prefissione di termini, neppure per quanto riguarda il potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, «essendo sufficiente che alle parti sia consentito di esporre i rispettivi assunti, di conoscere in tempo utile le domande, le istanze istruttorie, le produzioni documentali e le memorie avversarie, di presentare

---

<sup>221</sup> In tal senso G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., 235, il quale mette in evidenza come sarebbe corretta sia la fissazione di un doppio termine per lo scambio di comparse e documenti e per le eventuali repliche ovvero la fissazione di un unico termine per la prima attività con facoltà di replicare oralmente in udienza così come ogni altra opzione che garantisca il rispetto, non solo formale ma anche sostanziale, della disposizione di cui al (vecchio) art. 816, comma 4, c.p.c.

istanze istruttorie e documenti, e di svolgere dialetticamente le proprie deduzioni e controdeduzioni al termine dell'istruttoria»<sup>222</sup>.

Tale tipo di approccio è stato peraltro oggetto di critiche da parte della dottrina più raffinata che, alla luce del dettato del vecchio art. 816, comma 4, c.p.c. - il quale prevedeva che gli arbitri dovessero «in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche» - ne ha sottolineato la tassatività, così che «non solo impone il costante rispetto del contraddittorio nel corso del processo arbitrale, bensì anche la forma in cui questo deve essere attuato, ovvero attraverso la concessione di termini per memorie e documenti, onde equipollenti non sembrano consentire il rispetto del principio, nonostante il diverso orientamento prevalso in dottrina»<sup>223</sup>. E lo spirito della norma, secondo l'Autore citato in nota, non è cambiato confluendo nel dettato l'art. 816-bis (che, nella lettera, non prevede più espressamente l'obbligo della concessione dei termini per memorie e documenti), in quanto unico modo in grado di garantire «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» alle parti.

Le conclusioni a cui giunge la giurisprudenza a proposito sono però di stampo sostanzialista, affermando il principio secondo il quale «in materia d'arbitrato la prescrizione dell'art. 816, 3° comma, c.p.c., [*id. est* art. 816-bis] richiede solo che si assicuri in modo idoneo il contraddittorio delle parti; pertanto non è indispensabile, a tal fine, che vengano assegnati termini per presentare documenti e memorie, purché, con altre modalità, l'arbitro abbia provveduto a mettere le parti in condizione di presentare le successive repliche» diventa una - ma non l' unica - delle possibili modalità di svolgimento del contraddittorio<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> In tal senso G. RUFFINI, sub art. 816-bis c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO e F. P. LUISO, 3a ed., III, Milano 2007, 5865.

<sup>223</sup> Così C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 137. Di diverso orientamento VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale*, nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, 1, 178.

<sup>224</sup> Cass. 22 ottobre 1970, n. 2095, in *Foro it.*, 1970, I, 1, 2683 e *Giust. civ.*, 1971, I, 782, secondo la quale non viola il principio del contraddittorio la disposizione, da parte di arbitri dispensati dall'osservazione di modalità di procedura, di un'ispezione alle quali le parti avevano potuto assistere, senza che però fosse loro comunicato il verbale né fosse data loro la possibilità di presentare documenti e memorie e di esporre repliche; Cass. 23 novembre

La mancata concessione dei termini alle parti non determina, nelle manifestazioni giurisprudenziali, la nullità del lodo ai sensi dell' art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c., purché il contraddittorio sia stato realizzato e le parti abbiano comunque potuto spiegare le proprie difese. La nullità del lodo si configura quindi solo se l'inosservanza delle forme processuali abbia precluso agli atti il raggiungimento del proprio scopo (il contraddittorio). Questo è il risultato dell'applicazione, alla nullità degli atti del procedimento arbitrale, di tutto il sistema delle nullità per inosservanza delle forme, nella sua struttura di norma sanzionatoria (*ex art. 156, comma 1 e 2 c.p.c.*), di sanatoria (*ex art. 156, comma 3, c.p.c.*), di limiti soggettivi della rilevanza (*ex art. 157 c.p.c.*) e di limiti oggettivi di nullità (*ex art. 159 c.p.c.*)<sup>225</sup>.

Quanto alla valutazione della violazione del contraddittorio, in dottrina<sup>226</sup> è stato correttamente messo in evidenza che questa deve essere fatta *a priori*, prescindendo dal contenuto del lodo e dagli argomenti in fatto e diritto in esso contenuti, dal momento che le parti devono poter contraddire

---

1973, n. 3171, in *Giust. civ.*, 1974, 437 e Cass. 9 agosto 1973, n. 2297, che hanno escluso la violazione del contraddittorio nei casi in cui le parti abbiano avuto a disposizione un congruo termine tra la chiusura dell'istruzione e la decisione degli arbitri per l'illustrazione delle loro ragioni e la confutazione delle ragioni avversarie. Ma, in senso contrario, v. Cass. 15 marzo 1995, n. 3032, che, sulla scia di Cass. 16 maggio 1962, n. 1070, ha affermato che gli arbitri, anche se autorizzati a decidere secondo equità devono assegnare in ogni caso alle parti termini per produrre documenti e memorie e per esporre le loro repliche a pena di nullità e «al fine dell'osservanza del principio del contraddittorio». Cfr. anche Cass. 22 novembre 1974, n. 3760, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato e compromesso*, n. 26; App. Roma 23 maggio 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, 202; Cass. 18 marzo 1981, n. 1595, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1981, II, 102, secondo la quale in tema di arbitrato rituale, scopo della disposizione del 3° comma dell'art. 816 c. p. c. (che stabilisce l'obbligo degli arbitri di assegnare in ogni caso alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche) è quello di dare ai contendenti la possibilità di svolgere completamente le loro difese; tale norma, pertanto, deve ritenersi violata qualora gli arbitri decidano immediatamente dopo la chiusura dell'istruzione oppure dopo un tempo così breve da precludere alle parti l'illustrazione delle rispettive ragioni e la confutazione di quelle avversarie, ma non anche, soprattutto ove gli arbitri siano stati svincolati dall'osservanza di formalità procedurali, in una situazione in cui, nonostante la mancata fissazione di un apposito termine, le parti abbiano comunque avuto la possibilità di provvedere alla tutela dei loro interessi mediante l'applicazione della attività difensiva suddetta; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1608, secondo la quale non può ritenersi violato il principio del contraddittorio nel caso in cui gli arbitri abbiano concesso termini per le memorie conclusionali, manon abbiano disposto ulteriori termini per repliche.

<sup>225</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, 561.

<sup>226</sup> C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 137-138.

su ciascuna questione rilevante al fine di offrire agli arbitri un quadro completo degli elementi di fatto e di diritto da valutare ai fini della pronunzia.

Tale impostazione non era però fatta propria da almeno una parte della giurisprudenza, che invece riteneva sussistere la validità del lodo qualora le parti abbiano avuto la possibilità di interloquire sulle questioni di fatto e di diritto effettivamente utilizzate dagli arbitri ai fini dell'emissione del lodo, sebbene su altre questioni non fosse stato assicurato il contraddittorio<sup>227</sup>. Le pronunce più recenti, tuttavia, sembrano essere ispirate all'opposto e più corretto principio, così che si afferma che «nel giudizio arbitrale, allorché il lodo venga pronunciato immediatamente dopo la chiusura della istruzione, senza che venga offerta alle parti la possibilità di esaminare ed analizzare le prove, specificare le istanze conclusive ed esplicitare le rispettive difese, esso è nullo per violazione del principio del contraddittorio, a nulla rilevando l'indagine "ex post" se le parti stesse abbiano o meno potuto discutere su quei fatti e quelle circostanze dal cui esame critico è scaturita la decisione. Il principio del contraddittorio costituisce, infatti, una regola processuale inderogabile di ordine pubblico, il cui rispetto va verificato "ex ante", non apparendo ammissibile far dipendere la valutazione della sua osservanza dal contenuto concreto della decisione adottata»<sup>228</sup>.

È stato peraltro affermato in una sentenza della Cassazione<sup>229</sup> che «la previsione di nullità del lodo per violazione del contraddittorio, di cui all'art. 829, n. 9, c.p.c., ha un'autonoma valenza allorquando le parti, nella libertà di plasmare le forme di svolgimento dell'arbitrato, hanno posto un limite al rilievo giuridico delle nullità formali. Per l'inverso, non può farsi discorso di autonoma configurabilità del vizio in questione quando, nel fissare le regole processuali del giudizio arbitrale con il compromesso, le parti hanno previsto l'applicazione delle rigorose forme del processo ordinario, essendo evidente, già da questa scelta delle forme attraverso cui condurre gli arbitri al giudizio,

---

<sup>227</sup> V., per esempio, Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 28; Cass. 4 febbraio 1972, n. 269, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Arbitrato*, n. 28.

<sup>228</sup> In tal senso Cass. 23 giugno 2000, n. 8540.

<sup>229</sup> Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201.



che, ai fini di una declaratoria di nullità del lodo, ha rilievo la violazione di tutte quelle prescrizioni formali del codice di rito civile che in varia guisa tutelano e garantiscono il principio del contraddittorio, venendo per tale via sanzionate da quel tipo di effetto». Tale sentenza, inoltre, afferma che la nullità di cui all'art. 829, comma 1, n. 9, soggiace alla regola della sanatoria del vizio per il raggiungimento dello scopo.

*9. Gli effetti della violazione del contraddittorio alla luce del riformato art. 829 c.p.c.*

Altro aspetto che occorre prendere in considerazione è quello relativo agli effetti della violazione del contraddittorio e, in particolare, se la violazione del principio abbia necessariamente come conseguenza la nullità del lodo<sup>230</sup> ovvero se sia suscettibile di sanatoria qualora il vizio non sia tempestivamente rilevato. Il problema non sembrava porsi nella vigenza del vecchio art. 829 c.p.c., dal momento che – a differenza delle ipotesi di *errores in procedendo* di cui al n. 7 dell'articolo, per le quali era ed è espressamente prevista la possibilità di sanatoria – il mancato richiamo del meccanismo della sanatoria al n. 9 dell'art. 829 imponeva di ritenere che la violazione del contraddittorio determinasse la nullità del *dictum* arbitrale indipendentemente dalla tempestiva eccezione a opera delle parti<sup>231</sup>.

Tale impostazione deve oggi essere rivista sulla base del nuovo secondo comma dell'art. 829 c.p.c., in base al quale «la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo».

---

<sup>230</sup> in tal senso Cass. 31 gennaio 2007 n.2201; Cass. 10 luglio 2013 n.17099.

<sup>231</sup> In tal senso v., per esempio, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub. art. 829 c.p.c., in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna 2001, 646. In senso contrario v., già prima della riforma, G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005, il quale distingue in due categorie i vizi riconducibili alla violazione del contraddittorio, a seconda che si sostanzino in vizi formali, per i quali sarebbe necessaria la tempestiva eccezione della parte interessata, ovvero nella irregolare citazione in giudizio, per la quale non occorrerebbe la preventiva eccezione in corso di causa. Nello stesso senso della possibilità dell'operare del meccanismo della sanatoria per i vizi formali C. PUNZI, *Disegno* cit., II, 233-234.

Secondo alcuni commentatori<sup>232</sup>, in tal modo il legislatore avrebbe qualificato il vizio relativo al contraddittorio come nullità relativa, sulla scia di una posizione già sostenuta da parte della giurisprudenza<sup>233</sup>, con la conseguenza della sanatoria della nullità in caso di mancata rilevazione della stessa nella prima difesa utile successiva alla sua verifica o comunque alla sua scoperta.

Tuttavia sembra preferibile una lettura più sfumata, che tenga conto delle singole ipotesi di nullità che possono verificarsi e della distinzione tra nullità formali (cioè afferenti a singoli atti del processo) e nullità extraformali (cioè relative a un presupposto processuale, qual è appunto il contraddittorio). Ecco allora che è possibile distinguere tra i casi in cui alla violazione del contraddittorio consegua la nullità formale di uno o più atti del procedimento da quella in cui dalla suddetta violazione, a causa della sua gravità, derivi la nullità dell'intero giudizio.

In relazione alla prima ipotesi, la lettera del nuovo art. 829, comma 2, c.p.c. senza dubbio impone alla parte che intenda impugnare il lodo di sollevare l'eccezione di violazione del principio del contraddittorio nel corso del procedimento, pena l'impossibilità di impugnare il lodo per avvenuta sanatoria del vizio.

Nel caso invece di violazione che sia in grado di inficiare non solo un singolo atto, ma l'intero giudizio, la regola che impone di rilevare la nullità nella prima istanza o difesa successiva non sembra invece applicabile, dovendosi ritenere il vizio idoneo a essere rilevato in qualunque momento<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> V. P.L. NELA, *op. cit.*, 1724.

<sup>233</sup> V., per es., App. Firenze 27 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1631, con nota di R. MURONI, secondo la quale «l'eccezione relativa ad una asserita violazione del principio del contraddittorio, riferita nella specie al corso di un procedimento arbitrale, è da ritenere preclusa ex art. 157 comma 2 c.p.c. se non è stata svolta dalla parte interessata in pendenza del procedimento, nella prima istanza o difesa successiva all'atto nullo o alla notizia di esso; di conseguenza deve essere respinta l'impugnazione del lodo per mancato rispetto dei diritti di difesa che si fonda su detta eccezione, se questa fu proposta tardivamente nel corso del giudizio arbitrale»

<sup>234</sup> È la lettura proposta da S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 856. Anteriormente alla riforma, per una lettura analoga, che distingue tra violazione del contraddittorio che abbia comportato la mancata conoscenza del giudizio arbitrale da parte del convenuto e violazione del contraddittorio che si risolve in nullità formale, v. G.P.

---

CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005, 436 ss.

### ***CAPITOLO 3: L'ART. 816-SEXIES DEL C.P.C.: GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO DAVANTI A EVENTI "INTERRUTTIVI".***

***Sommario:*** ***1. Breve rassegna degli orientamenti antecedenti all'introduzione dell'art. 816-sexies c.p.c.; 2. L'introduzione dell' art. 816-sexies c.p.c.; 3. Presupposti di applicazione dell' art. 816-sexies c.p.c.; 4. La possibilità di applicare all'arbitrato l'istituto dell'interruzione in caso di fallimento di una delle parti; 5. L' art. 83-bis l.f.; 6. Gli effetti dell' art. 816-sexies: l'assunzione da parte degli arbitri delle misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio; 7. Il potere di sospensione del procedimento; 8. La facoltà di rinuncia all'incarico.***

*1. Breve rassegna degli orientamenti antecedenti all'introduzione dell'art. 816-sexies c.p.c.*

L'introduzione dell'art. 816-sexies all'interno del corpo delle disposizioni dedicate alla regolamentazione del procedimento arbitrale è dovuta al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Si tratta di un apposito articolo dedicato alla "Morte, estinzione o perdita di capacità della parte", cioè a quegli eventi causa all'interno del processo civile dell' interruzione, istituto la cui finalità è quella di garantire l'effettività del contraddittorio.

La materia era in precedenza, per quanto riguarda l' arbitrato, toccata *en passant* dall'art. 820, comma 3, c.p.c., il quale, trattando in generale dei "Termini per la decisione ", prevedeva in modo laconico che in caso di morte di una delle parti gli arbitri disponessero una proroga di trenta giorni per la pronuncia del lodo. Il riferimento esclusivo a una proroga del termine per la

pronuncia del lodo aveva portato così la giurisprudenza<sup>235</sup> e la dottrina<sup>236</sup> maggioritarie alla quasi unanime convinzione che la disciplina dell'interruzione non potesse applicarsi all'arbitrato e lo sforzo della dottrina si concentrò, dunque, nell'individuare quali fossero le conseguenze del verificarsi, nel corso del procedimento arbitrale, di quegli eventi che, come la morte della parte, provocano l'interruzione del processo<sup>237</sup>.

Anzitutto alla morte della parte venne equiparata quella del suo rappresentante legale<sup>238</sup>.

Maggiori problemi si ponevano, però, in relazione agli altri eventi interruttivi, come la perdita della capacità di stare in giudizio della parte o del rappresentante legale ovvero la cessazione della rappresentanza. Gli studiosi erano qui divisi fra chi<sup>239</sup>, sulla base della lettera della legge, riteneva che il verificarsi dei predetti eventi non solo non determinasse l'interruzione del

---

<sup>235</sup> In giurisprudenza, si veda ad es. Cass. 9 settembre 2004, n. 18191, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 23, 87, la quale, affermando il principio dell'inapplicabilità degli artt. 299 e ss. c.p.c. in virtù dell'esistenza di una norma specifica di segno contrario, cassa la sentenza impugnata che aveva ritenuto applicabile, anche in arbitrato, la disciplina sull'interruzione del processo, in quanto l'art. 820 comma 3 c.p.c. sarebbe venuto in considerazione solo nella fase di decisione ma non nella precedente fase del giudizio arbitrale.

<sup>236</sup> In tal senso, in dottrina, *ex multis*, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 573; G.F. RICCI, *"Svolgimento del procedimento"*, in *L'arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna, 2001, 324; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 126; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale, in Il nuovo processo arbitrale* (a cura di C. CECHELLA), Milano, 2006, 99. In senso contrario vedi però R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 312; ID., *Processo arbitrale*, ivi, 2005, 807, secondo il quale l'applicabilità della disciplina dell'interruzione in arbitrato sarebbe non solo possibile ma addirittura necessaria – cioè non escludibile neppure in caso di volontà concorde delle parti o degli arbitri – in virtù della funzione che l'istituto svolge rispetto al principio del contraddittorio.

<sup>237</sup> Sull'interruzione del processo, si veda: C. CALVOSA, *Interruzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino 1962, 926-935; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano 1963; A. FINOCCHIARO, *Interruzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Varese, 1972 428-454; A. SALETTI, *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1989, §§ 1.-10. (pp. 1-12 dell'estratto); A. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 71-112; DEL SARTO, *Sub. artt. 299-305 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), II, Torino, 1997, 595-636; G.P. CALIFANO, *Sub. artt. 299-305 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato (aggiornamento)* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), I, Torino, 2001, 540-582; ID., *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004.

<sup>238</sup> Espressamente di «ragionevolezza» in ordine a tale equiparazione parla G. RUFFINI, *Sub art. 820 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), II, 2a ed., Milano 2000, 3464.

<sup>239</sup> C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

processo ma neppure la proroga *ex lege* di trenta giorni, chi<sup>240</sup> sosteneva spettasse agli arbitri fissare un termine per la sanatoria del difetto sopravvenuto e chi<sup>241</sup> ammetteva invece l'estensibilità dell'art. 820, comma 3, c.p.c. anche alle ipotesi non espressamente contemplate.

Allo stesso modo, differenti opinioni erano riscontrabili in ordine all'eventualità che gli eventi previsti *ex art.* 301 c.p.c. colpissero il difensore tecnico della parte: mentre alcuni autori<sup>242</sup> erano dell'opinione che nessun effetto fosse ricollegabile a eventi che colpissero il difensore, altri<sup>243</sup> ritenevano invece che l'art. 820, comma 3, c.p.c. si applicasse anche ai suddetti eventi.

Sostanzialmente condivisa da parte degli interpreti era tuttavia la funzione da attribuire alla norma: la proroga del termine di trenta giorni per il deposito del lodo aveva ragione di essere esclusivamente nell'ottica di permettere al successore della parte colpita dall'evento interruttivo di prendere parte al procedimento in corso, in modo da potersi difendere nei confronti di un lodo che gli sarebbe stato in ogni caso opponibile<sup>244</sup>.

Proprio al fine di tutelare il diritto di difesa dei successori, il verificarsi dell'evento era causa, in primo luogo, della nascita in capo agli arbitri

---

<sup>240</sup> G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. VERDE), 3a ed., Milano, 2005, 259; C. Punzi, *Disegno cit.*, I, 575 ss.

<sup>241</sup> In tal senso E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 62.

<sup>242</sup> A. BRIGUGLIO, *Sub art. 820 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE) cit., IV, 883; C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

<sup>243</sup> E. FAZZALARI, *op. loc. cit.*; G.F. RICCI, *Svolgimento del procedimento cit.*, 346.

<sup>244</sup> Non era infatti in discussione che, in caso di morte della parte, fosse possibile succedere non solo nel patto compromissorio, ma anche nel processo arbitrale, una volta che questo fosse iniziato, dato che il lodo era ritenuto opponibile al successore a titolo universale del *de cuius*: in tal senso, tra gli altri, T. CARNACINI, *voce Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 896; E. FAZZALARI, *op. loc. cit.* Differenti soluzioni venivano, invece, prospettate nell'ipotesi in cui il rapporto giuridico oggetto dell'arbitrato fosse relativo a un bene oggetto di legato. In quest'ultimo caso, secondo alcuni autori l'applicazione dei principi generali in tema di successioni escluderebbe l'applicabilità dell'art. 111 comma 2 c.p.c., in quanto norma derogatoria – e per questo motivo eccezionale – ai predetti principi, che prevedono il trasferimento diretto del bene (e quindi delle pretese a esso relative) in capo al legatario: così C. PUNZI, *Disegno cit.*, I, 560 ss. Nel senso invece dell'individuazione, in ogni caso, del successore a titolo universale come prosecutore del processo: R. MARENGO, *Successione nel processo*, in *Enc. dir.*, LXIII, Milano, s.d. ma 1990, 1393 ss.; ID., *Processo arbitrale*, cit., 807.

dell'obbligo di non porre in essere alcun atto processuale finché non fosse trascorso il predetto termine.

Il semplice spirare del termine era, però, condizione necessaria ma non sufficiente per la corretta ripresa del procedimento: il processo sarebbe potuto correttamente proseguire solo nel caso in cui la parte non colpita dall'evento interruttivo, eventualmente invitata a ciò dagli arbitri, avesse dimostrato di aver portato il successore a titolo universale della controparte a conoscenza dell'evento occorso.

*Nulla quaestio* se il successore, debitamente informato, avesse deciso di non prendere parte al procedimento. Qualora, invece, all'assenza del successore a titolo universale si fosse accompagnata l'impossibilità, a opera della parte non colpita dall'evento, di dimostrare di aver portato l'evento a conoscenza dello stesso, gli arbitri, salvo provvedere essi stessi ad avvertire i successori, non avrebbero potuto far altro che emanare un lodo di rito per la mancata integrazione di un presupposto processuale. Con l'ovvia conseguenza che, qualora gli arbitri avessero emesso un lodo di merito, quest'ultimo sarebbe stato impugnabile da parte del successore a titolo universale.

## *2. L'introduzione dell' art. 816-sexies c.p.c.*

Proprio l'insoddisfacente formulazione della norma previgente<sup>245</sup> ha indotto il legislatore delegato a dettare una disciplina che, nello stesso tempo, fosse maggiormente attenta al rispetto del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo ma non pedissequamente ricalcata su quella di cui agli artt. 299 ss. c.p.c.

---

<sup>245</sup> In relazione alla quale G. DELLA PIETRA, *Il procedimento* cit., 256-257 aveva sollevato dubbi di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 24 Cost., dal momento che, mentre il lodo era opponibile ai successori a seguito della successione nel patto compromissorio, mancava un meccanismo di informazione, così che era possibile che il procedimento proseguisse nella incolpevole ignoranza degli stessi successori, con la conseguente lesione del loro diritto di difesa.

Sebbene la legge n. 80 del 2005 non contenesse alcuna specifica delega in relazione alla materia in questione<sup>246</sup>, l' art. 816-sexies trova la propria giustificazione nella generale esigenza di «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato», di cui parla l'art. 1 comma 3 lett. b<sup>247</sup>.

Il legislatore, davanti alla prospettiva di estendere *tout court* all'arbitrato la disciplina dell'interruzione prevista per il processo di fronte al giudice dello stato<sup>248 249</sup>, ha deciso invece di lasciare nelle mani degli arbitri l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare il contraddittorio, in modo da permettere, di volta in volta, all'organo giudicante di prendere le misure che, nel caso concreto, siano idonee a garantire il rispetto del diritto di difesa nel minore tempo possibile.

Tale scelta, sebbene possa apparire suscettibile di tradursi in un reale pericolo di mancato rispetto delle esigenze difensive delle parti, gode in realtà della garanzia dell' art. 829, comma 1, n.9 c.p.c., sulla scorta della quale gli arbitri saranno tenuti ad adottare soluzioni ragionevoli se non vogliono vedere il lodo impugnato a causa della lesione del principio del contraddittorio.

---

<sup>246</sup> In tal senso E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in Riv. dir. proc., 2006, 256.

<sup>247</sup> Così come suggerisce P.L. NELA, Sub art. 816-sexies c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI), II, Bologna, 2007, p. 1758, in nota.

<sup>248</sup> Secondo alcuni autori (R. MARENGO, *op. loc. ult. cit.*) l'applicabilità della disciplina dell'interruzione in arbitrato sarebbe non solo possibile ma addirittura necessaria – cioè non escludibile neppure in caso di volontà concorde delle parti o degli arbitri – proprio in virtù della funzione che l'istituto svolge rispetto al principio del contraddittorio.

<sup>249</sup> anche in considerazione del fatto che tale estensione è espressamente prevista in ordinamenti vicini al nostro, tradizionalmente molto attenti al rispetto del principio del contraddittorio, come l' ordinamento francese e in particolare all'art. 1465 NCPC, che, trattando della interruption de l'instance arbitrale, si limita ad affermare che la stessa est régie par les dispositions des articles 369 à 376, in questo modo rinviando in toto alla disciplina dell'interruzione del processo di fronte al giudice statale.



### 3. Presupposti di applicazione dell' art. 816-sexies c.p.c.

In base al tenore letterale della norma, l'art. 816-sexies c.p.c. si applica qualora la parte venga meno per morte o altra causa ovvero perda la capacità legale.

Nulla viene detto in relazione ad altri eventi che possono interessare la parte e, soprattutto, gli altri soggetti (rappresentante legale e difensore tecnico) che possono partecipare al procedimento. La dottrina, prendendo le mosse dal dibattito relativo ai presupposti di applicazione dell'interruzione nel processo ordinario, ha esteso l'applicazione della norma a eventi ulteriori, idonei a menomare il principio del contraddittorio.

In particolare, in relazione alle persone fisiche, alla morte naturale devono essere equiparate le situazioni di mancata conoscenza di permanenza in vita, ossia la dichiarazione di morte presunta, la scomparsa e l'assenza; per quanto riguarda le persone giuridiche (alle quali si riferisce l'inciso "altra causa"), all'estinzione<sup>250</sup> dovranno equipararsi la fusione, la scissione e, limitatamente alla società incorporata, l'incorporazione<sup>251</sup>.

In merito alla perdita della capacità legale della parte<sup>252</sup>, vengono in considerazione l'interdizione e l'inabilitazione, mentre l'incapacità naturale non ha effetto fintanto che non venga pronunciato il provvedimento di interdizione o inabilitazione, sussistendo in capo al giudice un potere-dovere di trasmettere al p.m. gli atti di causa affinché possa assumere le iniziative eventualmente necessarie per la tutela dell'incapace<sup>253</sup>. Qualora si dovesse ritenere che gli arbitri non siano dotati di un potere di trasmissione degli atti al p.m. analogo a quello del giudice, si potrebbe profilare, infatti, una lesione

---

<sup>250</sup> Se non vi sono dubbi in dottrina e in giurisprudenza che in relazione all'equiparazione dell'estinzione alla morte della persona fisica, non è altrettanto pacifico quale sia il momento in cui la fattispecie si perfezioni. Per una rassegna delle diverse posizioni si rinvia ad A. CAVALAGLIO, *Interruzione* cit., 76-77.

<sup>251</sup> Fanno espresso riferimento all'incorporazione C. PUNZI, *L'interruzione* cit., 222 e ss. e A. SALETTI, *Interruzione* cit., 5; in senso contrario S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano 1959-1960, 401.

<sup>252</sup> Da intendersi come parte in senso processuale, cioè come soggetto in grado di porre in essere validamente atti all'interno del processo.

<sup>253</sup> Si veda in tal senso Corte costituzionale 19 novembre 1992, n. 468, in *Foro it.*, 1993, I, 1043, con nota di G. COSTANTINO.

del diritto di difesa della parte che si trovi in stato di incapacità naturale. È, altresì, causa di interruzione attinente alla perdita di capacità, per le persone sia fisiche che giuridiche, il fallimento<sup>254</sup>.

Nonostante il silenzio della legge, non sembrano poi sussistere argomenti ostanti all'applicazione della norma anche nell'ipotesi in cui gli eventi descritti colpiscano il rappresentante legale<sup>255</sup>.

Il silenzio del legislatore appare maggiormente criticabile<sup>256</sup> in relazione alla figura del rappresentante tecnico, alla luce dei differenti orientamenti che, sul punto, si erano manifestati in dottrina<sup>257</sup>. Appare tuttavia maggioritaria l'interpretazione estensiva della norma, così che l'art. 816-sexies c.p.c. dovrà ritenersi applicabile anche qualora gli eventi interruttivi colpiscano il difensore<sup>258</sup>.

Nulla infine viene detto circa l'eventualità che venga meno o sia colpito da incapacità uno degli arbitri<sup>259</sup>.

---

<sup>254</sup> Per una succinta disamina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale nonché della portata del nuovo art. 83 bis l.f., si veda infra.

<sup>255</sup> Ritiene ragionevole l'equiparazione degli effetti degli eventi che possono occorrere alla parte e di quelli che possono occorrere al rappresentante legale G. RAMPAZZI, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), Padova 2006, 2204. Nello stesso senso L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1299.

<sup>256</sup> Si vedano in tal senso le osservazioni di M. BOVE (- C. CECHELLA), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 78 e P.L. NELA, *Sub art. 816-sexies c.p.c. cit.*, 1759.

<sup>257</sup> Vedi, *supra*, 2.3.1.

<sup>258</sup> Così G. RAMPAZZI, *op. loc. cit.*; P.L. NELA, *op. loc. cit.*; L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

<sup>259</sup> Secondo P.L. NELA, *op. loc. cit.*, è comprensibile che non sia stata presa in considerazione dalla norma l'ipotesi di eventi occorsi agli arbitri, sia perché le parti e gli altri arbitri hanno la piena possibilità di procedere oltre, previa nomina di un nuovo arbitro, sia perché in tale evenienza sarebbe sufficiente quanto previsto dall'art. 820 comma 4 lett. d), che prevede – qualora si verificino modifiche della composizione del collegio arbitrale ovvero la sostituzione dell'arbitro unico - la proroga ex lege del termine del deposito del lodo.

*4. La possibilità di applicare all'arbitrato l'istituto dell'interruzione in caso di fallimento di una delle parti.*

Un tema intimamente legato alla perdita di capacità della parte è l'assoggettamento al fallimento di una delle parti del processo arbitrale.

L'entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha introdotto, da un lato, il terzo comma all'art. 43 l.f., prevedendo espressamente l'interruzione del processo in caso di apertura della procedura fallimentare; dall'altro, il nuovo art. 83-bis l.f., che prevede, nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria acceda a un contratto sciolto a seguito della sentenza di fallimento ai sensi degli artt. 72 ss. l.f., la «non proseguibilità» del procedimento arbitrale.

Quanto alla prima questione, era opinione comune, in relazione agli effetti della dichiarazione di fallimento di una delle parti del processo ordinario, che lo spossessamento del fallito avesse come conseguenza la perdita della capacità di disporre anche processualmente dei propri beni: da ciò derivando, ai sensi dell'art. 43, comma 1, l.f., il subentro del curatore nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti patrimoniali e l'interruzione del processo in corso.

Tuttavia la giurisprudenza della Suprema Corte distingueva tra l'ipotesi in cui il fallimento fosse dichiarato prima della costituzione in giudizio del fallito, prevedendo nel qual caso l'interruzione automatica<sup>260</sup>, e l'ipotesi in cui, invece, il fallimento fosse dichiarato successivamente alla costituzione in giudizio. In quest'ultimo caso, partendo dal presupposto che la perdita della capacità processuale fosse relativa e non assoluta, la giurisprudenza riteneva che il mutamento di *status* potesse essere fatto valere esclusivamente dal difensore del fallito ovvero dal curatore, ma non dal giudice d'ufficio ovvero dalla controparte<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Si veda, per esempio, 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 18, 89, con nota di MULLER e *Corr. giur.*, 2005, 1210.

<sup>261</sup> In tal senso si vedano Cass. 12 maggio 2006, n. 11068 e Cass. 24 febbraio 2006, n. 4235.

Pertanto, qualora non si fosse attivato il difensore del fallito, il curatore aveva la possibilità di scegliere se proseguire il giudizio potendo però, in questo caso, disconoscere gli atti processuali posti in essere dal fallito ovvero disinteressarsi dello stesso. Se il processo fosse proseguito tra le parti originarie, dava origine a una sentenza opponibile al fallito nel momento in cui fosse tornato *in bonis*<sup>262</sup>. Il curatore avrebbe potuto giovare della sentenza in caso di esito positivo senza che la stessa fosse opponibile alla massa creditoria nell'ipotesi inversa.

A seguito della nuova disposizione, qualora sia in corso un processo avente a oggetto diritti patrimoniali ricompresi nel fallimento, l'interruzione si verifica automaticamente<sup>263</sup> all'avverarsi dell'evento ed è rilevabile d'ufficio, indipendentemente dalla dichiarazione fatta in udienza dal difensore ovvero dalla sua notifica alle altre parti. Resta peraltro dubbio, qualora il procedimento prosegua, se la sentenza possa essere considerata affetta da nullità ovvero sia semplicemente inopponibile alla massa.

Occorre a questo punto domandarsi quali siano gli effetti della dichiarazione di fallimento di una delle parti del procedimento arbitrale e se la nuova disposizione sia applicabile allo stesso.

In virtù della lettera del "vecchio" art. 820 comma 3 c.p.c., era sostanzialmente pacifico in dottrina che il fallimento di una delle parti non comportasse l'interruzione del processo arbitrale. Alcuni<sup>264</sup> avevano addirittura sostenuto che non si potesse in questo caso applicare analogicamente la disciplina prevista dalla stessa disposizione con la

---

<sup>262</sup> In tal senso, Cass. 30 agosto 2004, n. 17418, in *Foro it.*, 2005, I, 3148.

<sup>263</sup> Nonostante che, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., gli eventi che colpiscano la parte costituita e difesa da un rappresentante tecnico determinino l'interruzione del processo non in via automatica ma solamente a seguito della dichiarazione in udienza o notifica alle altre parti dell'evento da parte del procuratore, non sorgono dubbi che l'interruzione si verifichi automaticamente, anche in virtù di quanto afferma espressamente la Relazione introduttiva del d.lgs. n. 5 del 2006: «In sintonia al criterio di delega secondo cui occorre accelerare le procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare, si dispone che l'apertura del fallimento determina l'interruzione di diritto del processo evitando così che lo stesso possa essere interrotto a distanza di tempo qualora le parti informino formalmente il giudice *ex art. 300 c.p.c.*». In tal senso le indicazioni della dottrina nelle note che seguono.

<sup>264</sup> Per esempio R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Milano, 1971.

conseguente esclusione anche della proroga di 30 giorni per permettere al curatore di subentrare nel procedimento in sostituzione del fallito<sup>265</sup>.

A tal proposito, dal momento che il nuovo art. 43, comma 3, l.f. è entrato in vigore successivamente all'art. 816-*sexies* c.p.c. e non esistendo alcuna ragione che renda incompatibile con l'arbitrato la disciplina dell'interruzione prevista per il processo ordinario, potrebbe ritenersi applicabile in via analogica l'art. 43 comma 3 l.f. in caso d'arbitrato, quanto meno nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria non acceda a un contratto che si sciogla a norma delle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l.f.<sup>266</sup>.

Dispone, tuttavia, di basi più solide la non applicabilità all'arbitrato della disposizione di cui all'art. 43 comma 3 l.f., in quanto non possono sussistere dubbi sul fatto che il fallimento costituisca una delle fattispecie prese in considerazione dall'art. 816-*sexies* c.p.c., il quale non si limita a fare riferimento all'evento "morte" ma anche alla "perdita di capacità legale" <sup>267</sup>.

L'art. 816-*sexies* c.p.c. detta in sostanza una disciplina speciale per il procedimento arbitrale, non derogata dalla norma successiva relativa al processo ordinario.

Pertanto la dichiarazione di fallimento costituisce una delle ipotesi (forse la più frequente da un punto di vista statistico) in cui gli arbitri si trovano di fronte alla necessità di prendere misure finalizzate alla tutela del contraddittorio che, qualitativamente, non saranno differenti da quelle prese nelle altre ipotesi previste dalla norma, dal momento che si tratterà in sostanza di sospendere il procedimento per avvertire il curatore della pendenza del giudizio.

---

<sup>265</sup> Contraria la tesi di G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. VERDE) cit., 86 ss., secondo il quale la proroga *ex lege* si sarebbe dovuta applicare anche in caso di fallimento di una delle parti, con decorrenza del termine a partire dal giorno della comunicazione al curatore.

<sup>266</sup> Sembra ritenere che la norma dell'art. 43, comma 3, sia applicabile analogicamente all'arbitrato, con conseguente interruzione del procedimento, nell'ipotesi in cui il contratto a cui accede la clausola compromissoria non venga sciolto A. GARRA, *Sub. art. 43 l.f.*, in *Il nuovo fallimento* (a cura di F. SANTANGELI), Milano, 2006, 219.

<sup>267</sup> In tal senso anche G. CANALE, *Sub art. 83-bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da A. JORIO), Torino 2006, 1347.

##### *5. L'art. 83-bis l.f.*

Per quanto riguarda, invece, il nuovo art. 83-*bis* l.f., rubricato «clausola arbitrale», la disposizione si limita ad affermare che «se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito».

La relazione introduttiva al d.lgs. individua come scopo proprio della disposizione quello «di evitare che il procedimento arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere».

Come è stato messo in evidenza dai primi commentatori, la norma suscita una serie di perplessità. Innanzitutto non viene definita con chiarezza la sorte della clausola arbitrale che acceda a un contratto che si sciogla, dal momento che la non prosecuzione del procedimento in corso potrebbe di per sé non comportare la caducazione della clausola compromissoria, a cui il curatore continuerebbe a essere vincolato per le eventuali future controversie relative al contratto venuto meno<sup>268</sup>. Il rispetto del principio di autonomia della clausola compromissoria, espressamente riconosciuto dall'art. 808, comma 2, c.p.c., imporrebbe inoltre di ritenere che la stessa sopravviva allo scioglimento del contratto, e di considerare pertanto eccezionale e non estensibile in via analogica la norma di cui all'art. 83-*bis* l.f.

Secondo parte della dottrina sarebbe tuttavia illogico riconoscere alla clausola contrattuale una resistenza allo scioglimento del contratto maggiore di quella espressamente riconosciuta al procedimento in corso, ritenendo preferibile che dalla impossibilità di proseguire il procedimento – che si

---

<sup>268</sup> In tal senso C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007 264.

verifica ogni volta in cui si scioglie il contratto a cui la clausola accede<sup>269</sup> – si debba *a fortiori* dedurre il travolgimento della clausola compromissoria<sup>270</sup>.

Inoltre, non viene fatto cenno all'ipotesi in cui il procedimento arbitrale in corso sia scaturito, anziché da una clausola del contratto sciolto, da un compromesso, cioè da un accordo stipulato dalle parti successivamente all'insorgere della controversia. A tal proposito, la lettera della legge imporrebbe di desumere *a contrario* che l'art. 83-bis l.f. non si applichi all'ipotesi di controversia insorta a seguito di compromesso, con conseguente applicazione del regime generale della disciplina di cui all'art. 72 l.f. (sospensione del contratto – e quindi del procedimento in corso – in attesa della decisione del curatore di subentrare ovvero sciogliersi dal contratto)<sup>271</sup>. Con una disparità di trattamento tra compromesso e clausola compromissoria «incomprensibile»<sup>272</sup>.

La Cassazione 16 aprile 2014, n. 8868 ha da ultimo ribadito il principio già affermato da Cass. 16 maggio 2013, n. 18134, secondo la quale la nullità del contratto non comporta la nullità della clausola compromissoria in esso inserita, poiché la «clausola costituisce un contratto autonomo ad effetti processuali». È pertanto infondato desumere dalla affermata competenza arbitrale il rigetto implicito dell'eccezione di nullità del contratto in cui la clausola compromissoria è inserita. Peraltro, Cass. 28 marzo 2014, n. 17711, conformemente a Cass. 24 ottobre 2013, n. 25024, puntualizza come il principio di autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto

---

<sup>269</sup> Secondo G. CANALE, *Sub art. 83-bis l.f. cit.*, l'improcedibilità del giudizio arbitrale sarebbe limitata esclusivamente all'ipotesi in cui la controparte del fallito abbia proposto domande di condanna nei confronti del fallito, fermo restando che il procedimento arbitrale può essere proseguito dalla parte *in bonis* quando quest'ultima voglia ottenere una pronuncia di condanna, che sarà opponibile non alla procedura ma nei confronti del fallito.

<sup>270</sup> Nello stesso senso A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*. Commento sistematico (a cura di G. SCHIANO DI PEPE), Padova 2007, 278 ss.; L. RESTAINO, *Sub. art. 83-bis l.f.*, in *La riforma della legge fallimentare* (a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI), Torino, 2006, I, 491-492; M.R. GRASSI, *Sub. art. 83-bis l.f.*, in *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, I, 1049; M. LAZZARA, *Sub. art. 83-bis l.f.*, in *Il nuovo fallimento cit.*, 367.

<sup>271</sup> M. LAZZARA, *Sub. art. 83-bis l.f. cit.*, 368; in via ipotetica M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, 1049.

<sup>272</sup> Così testualmente C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

cui accede, se fondatamente conduce all'affermazione per cui la nullità di quest'ultimo non travolge, per trascinamento, la clausola ivi contenuta, restando riservato agli arbitri l'accertamento della dedotta invalidità, non implica, altresì, che la stessa possa conservare la sua efficacia in ipotesi di inesistenza dell'accordo cui afferisce, ancorché derivante da fattori sopravvenuti.

Nulla, infine, viene detto sulla sorte dei contratti nei quali il curatore subentri. Prima della riforma, la giurisprudenza riteneva che il curatore, il quale subentrasse in un contratto contenente una clausola compromissoria, fosse altresì vincolato all'arbitrato. La clausola veniva, infatti, interpretata come un atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito nell'interesse anche di terzi e pertanto non estinguibile, ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c., per sopravvenuta revoca del mandato ovvero per perdita di capacità del mandante<sup>273</sup>. Ferma restando, in ogni caso, l'impossibilità di proseguire quelle controversie che debbono, in virtù del loro oggetto, essere decise inderogabilmente all'interno della procedura fallimentare.

La soluzione appare percorribile anche a seguito della riforma, in quanto la nuova formulazione dell'art. 78, comma 2, l.f. prevede che il contratto di mandato si sciogla per il fallimento del mandatario ma lascia immutata la situazione per quanto riguarda il venir meno ovvero la perdita di capacità del mandante.

In conclusione, se da un lato non sussistono dubbi circa la non applicabilità dell'art. 43, comma 3, l.f. in caso di procedimento arbitrale (in quanto derogato dalla *lex specialis* di cui all'art. 816-*sexies* c.p.c.), dall'altro lato la possibilità di utilizzare lo strumento arbitrale in caso di fallimento conosce non solamente i limiti derivanti dall'assorbimento di determinati oggetti all'interno della procedura fallimentare<sup>274</sup> ma anche, dopo l'entrata in

---

<sup>273</sup> vedi Cass. 8 settembre 2006, n. 19298 e Cass. 2 febbraio 2006, n. 2266.

<sup>274</sup> Per esempio in relazione all'accertamento dei crediti o dei diritti reali e personali ovvero alle controversie che hanno a oggetto la fallibilità.



vigore dell'art. 83-bis l.f., dall'impossibilità di decidere tramite arbitrato le controversie relative a contratti sciolti per legge o per scelta del curatore.

*6. Gli effetti dell' art. 816-sexies: l'assunzione da parte degli arbitri delle misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio.*

Dopo aver individuato i presupposti per la propria applicazione, l'art. 816-sexies c.p.c. descrive gli effetti della norma, consistenti nella previsione, a favore degli arbitri, del potere di assumere le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio e del potere di sospensione del procedimento.

Come accennato, appare apprezzabile che il legislatore non abbia definito in modo puntuale il tipo di misure che si debbano adottare qualora si verifichi un evento "interruttivo", lasciando in mano agli arbitri il potere di decidere la misura che meglio si attagli al caso concreto. È, del resto, chiaro che nulla vieta agli arbitri di ispirarsi alla disciplina contenuta nel codice di procedura civile. A titolo d'esempio, qualora la parte venuta meno sia rappresentata da un difensore tecnico, non vi sarà automaticamente la necessità che gli arbitri prendano uno specifico provvedimento a salvaguardia del contraddittorio, quando risulti che l'avvocato della parte colpita dall'evento si sia attivato per avvertire gli eredi (magari presentandosi all'udienza successiva all'evento occorso con una memoria di costituzione accompagnata da procura degli stessi)<sup>275</sup>.

Altre volte, invece, la migliore soluzione applicabile potrà essere di segno opposto a quella contenuta nel codice di rito. Per esempio, anche qualora venga meno la parte costituitasi personalmente, gli arbitri potranno non adottare misure specifiche per salvaguardare il contraddittorio se risulta che i successori siano a conoscenza dell'evento e della pendenza della procedura arbitrale, mentre analoga circostanza che si verifichi nel corso del processo di

---

<sup>275</sup> Con l'applicazione, quindi, di una disciplina non dissimile da quella prevista dall'art. 300 c.p.c.

fronte al giudice statale provoca, ai sensi dell'art. 300 comma 3 c.p.c., l'interruzione automatica.

Tuttavia è ragionevole ritenere che, nella maggioranza dei casi, sarà necessario per gli arbitri adottare un provvedimento a tutela della parte lesa dall'evento: del resto, è a provvedimenti di segno positivo che pensa il legislatore, quando parla di «misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio» e di ottemperanza alla stesse.

Quali possano essere tali misure non è difficile immaginare, dal momento che si tratterà, anzitutto, di rendere edotti i successori della parte venuta meno della pendenza del procedimento arbitrale.

Possono astrattamente adempiere all'obbligo una delle controparti, gli arbitri ovvero, se presente, il rappresentante tecnico della parte venuta meno. A tal proposito, l'ultima ipotesi appare nella pratica più facile da percorrere, ma presenta l'inconveniente che gli arbitri si troverebbero a essere del tutto sforniti di strumenti per rimediare all'inottemperanza dell'avvocato che non provveda a comunicare agli eredi la pendenza del procedimento, salvo, in seconda battuta, provvedere loro stessi ovvero fare carico dell'incombenza alla controparte. Nulla invece vieta che possano provvedere personalmente agli arbitri<sup>276</sup>. Tale ipotesi – già percorribile nella vigenza del vecchio art. 820 comma 3 c.p.c. – non può essere esclusa sulla base del comma 2 dell'attuale art. 816-*sexies* c.p.c., che prevede la possibilità per gli arbitri di rinunciare all'incarico qualora nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni per la prosecuzione del processo che gli arbitri abbiano eventualmente dato. Infatti, da un lato, anche al verificarsi di uno degli eventi descritti dalla norma, nulla obbliga gli arbitri ad adottare un provvedimento e, qualora un provvedimento venga preso, nessuna norma impone agli arbitri di demandare a una delle parti la notificazione del provvedimento. Pertanto il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'articolo 816-*sexies* c.p.c. deve essere correttamente interpretato nel senso che gli arbitri avranno la possibilità di

---

<sup>276</sup> In tal senso F.P. LUIISO – B. SASSANI, sub. *art. 816-sexies c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 294 e P.L. NELA, *op. cit.*, 1760.

rinunciare all'incarico qualora abbiano emanato un provvedimento da portare a conoscenza dei successori della parte e nessuna delle controparti, alle quali era stato imposto di ottemperare, abbia provveduto<sup>277</sup>.

Peraltro, la formulazione della disposizione fa intendere che, quanto meno agli occhi del legislatore, l'ipotesi più probabile sia quella dell'affidamento alle parti del compito di provvedere a quanto disposto dagli arbitri.

La possibilità per gli arbitri di adottare le misure idonee a garantire il contraddittorio presuppone, naturalmente, che il collegio arbitrale sia regolarmente costituito. Non è, pertanto, presa in considerazione dalla norma l'ipotesi in cui l'evento «interruttivo» si verifichi dopo la notifica della domanda d'arbitrato ma prima della costituzione del collegio arbitrale<sup>278</sup>. In quest'ultimo caso, problemi non sembrano sorgere quando la nomina del collegio arbitrale sia affidato a un terzo ovvero sia affidata alla parte e quest'ultima abbia provveduto a nominare il proprio arbitro prima della perdita della capacità processuale: in entrambi i casi, infatti, vi è la possibilità di giungere alla formazione del collegio arbitrale, il quale, una volta costituito, avrà la possibilità di assumere i provvedimenti necessari per la prosecuzione del giudizio. Qualora, invece, l'evento colpisca la parte prima che la stessa abbia provveduto a nominare il proprio arbitro, si aprono due alternative: o all'atto di nomina provvederanno i successori della parte colpita dall'evento, ovvero spetterà alla parte non colpita dall'evento notificare un nuovo atto di nomina ai successori della parte venuta meno<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> Nel senso che dalla formulazione della disposizione non si possa desumere l'obbligo, per gli arbitri, di affidare necessariamente a una delle parti del procedimento l'ottemperamento alle misure indicate al fine della salvaguardia del contraddittorio anche P.L. NELA, *op. loc. cit.*

<sup>278</sup> L'ipotesi del verificarsi dell'evento interruttivo tra la notifica della domanda d'arbitrato e la nomina del collegio arbitrale è espressamente analizzata da L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 1300.

<sup>279</sup> ID., *op. cit.*, 1300-1301.

### *7. Il potere di sospensione del procedimento.*

La parte finale del comma 1 dell'art. 816-*sexies* c.p.c. attribuisce agli arbitri la facoltà di sospendere il processo qualora si verifichi uno degli eventi descritti.

L'inciso in oggetto qualifica la sospensione come un provvedimento ancillare rispetto al differente e ulteriore provvedimento che gli arbitri prenderanno per tutelare il contraddittorio. Infatti, qualora gli arbitri ritengano di non adottare alcun provvedimento, sembra difficile (anche se teoricamente possibile) che si limitino a sospendere *tout court* il procedimento. Qualora, invece, sia necessario attivare un meccanismo per rendere noto ai successori della parte la pendenza del processo, gli arbitri avranno tutto l'interesse a sospendere il procedimento e, di conseguenza, il termine per la pronuncia del lodo.

Il tenore letterale dell' art. 819-*bis* c.p.c., che disciplina la sospensione del procedimento arbitrale e rende «Ferma l'applicazione dell'art. 816-*sexies*», non è di per sé idoneo a far ritenere non estendibili alla sospensione prevista dall'articolo 816-*sexies* c.p.c. gli effetti in essa descritti (estinzione del procedimento qualora nessuna delle parti depositi istanza di prosecuzione del processo entro il termine fissato dagli arbitri ovvero entro un anno della cessazione della causa di sospensione).

Tuttavia alcuni commentatori si sono opposti all'applicabilità dell'art. 819-*bis* c.p.c. alla sospensione di cui all'art. 816-*sexies*, ponendo l'accento sul fatto che quest'ultima disposizione non prevede alcunché in relazione alla fase successiva la sospensione e desumendo, da tale differenza, l'inapplicabilità della disciplina.

L'argomento letterale - il mancato richiamo, da parte dell'art. 816-*sexies*, dell'art. 819-*bis* - non appare però decisivo al fine di escludere l'applicazione della disciplina generale della sospensione, occorrendo ulteriori e sostanziali ragioni a sostegno dell' inapplicabilità della disciplina generale della sospensione a una ipotesi di sospensione normativamente prevista.

Anzitutto occorre notare che, mentre la sospensione di cui all'art. 819-*bis* c.p.c. è un atto dovuto da parte degli arbitri qualora si verifichino i

presupposti previsti nel comma 1 della disposizione, la sospensione di cui all'art. 816-*sexies* è facoltativa e non obbligatoria.

A sostegno della tesi dell'inapplicabilità di cui all'art. 819-*bis* c.p.c. alla sospensione facoltativa gioca, però, soprattutto, la previsione della possibilità per gli arbitri di rinunciare al mandato qualora le parti non ottemperino alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio.

Tale meccanismo, infatti, non avrebbe ragione d'essere se si applicasse la disciplina dell'art. 819-*bis* c.p.c., la quale prevede la chiusura in rito del processo qualora le parti non manifestino la volontà di proseguire il processo attraverso il deposito di un'istanza di prosecuzione nel termine stabilito dagli arbitri ovvero, in assenza di questo, nel termine di un anno. L'attribuzione del potere agli arbitri di rinunciare al mandato a seguito della sospensione è logicamente incompatibile con la previsione dell'estinzione automatica del processo per fatti indipendenti dalla volontà degli arbitri.

Resta, peraltro, da spiegare perché il legislatore abbia optato, in presenza di eventi "interruttivi", per la sospensione anziché per l'interruzione, in quanto, da un lato, non ci sono ragioni che *a priori* rendano incompatibile l'istituto dell'interruzione con il procedimento arbitrale e, dall'altro, in virtù del richiamo che l'art. 304 fa all'art. 298 c.p.c., le discipline dei due istituti non si differenziano quanto agli effetti.

La risposta al predetto quesito va cercata, probabilmente, nella minore "invasività" del provvedimento di sospensione rispetto a quello di interruzione (da considerarsi automatico al verificarsi dei presupposti), in modo da coordinare il necessario rispetto del principio del contraddittorio con le esigenze di maggiore celerità possibile del procedimento.

### ***8. La facoltà di rinuncia all'incarico.***

Come accennato nel paragrafo precedente, ai sensi dell'art. 816-*sexies*, comma 2, c.p.c. è data facoltà agli arbitri di rinunciare all'incarico qualora le

parti non abbiano ottemperato alle disposizioni emesse per la prosecuzione del giudizio.

La Relazione illustrativa spiega che «per evitare un eccessivo appesantimento del vincolo che gli arbitri assumono accettando l'incarico, la norma prevede che, nel caso in cui nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possano rinunciare all'incarico».

Secondo alcuni<sup>280</sup> il secondo comma dell'art. 816-*sexies* c.p.c. presuppone che gli arbitri abbiano sospeso il procedimento. Secondo altri autori<sup>281</sup>, tuttavia, la possibilità per gli arbitri di rinunciare all'incarico a seguito dell'inottemperanza delle parti alle disposizioni predisposte per la prosecuzione del giudizio non presupporrebbe la sospensione del giudizio.

La prima interpretazione appare preferibile, anche perché, da un punto di vista etimologico, sembra difficile sostenere che il termine “prosecuzione” non presupponga un *iter* che si sia momentaneamente sospeso per poi riprendere.

Apprezzabile è poi il fatto che agli arbitri sia stata attribuita una facoltà di rinuncia e non imposto un obbligo. Tale scelta infatti è in piena sintonia con la filosofia seguita dal legislatore della riforma nella redazione della norma (cioè la previsione di norme elastiche anziché di norme formali e obblighi cogenti) e, del resto, nulla vieta agli arbitri di affidare alla parte non colpita dall'evento l'obbligo di porre in essere le misure individuate per la salvaguardia del contraddittorio e, in caso di inottemperanza, di provvedere essi stessi.

È stato messo in evidenza che la norma non impone agli arbitri l'obbligo di assumere uno specifico provvedimento di chiusura del procedimento: provvedimento che invece sarebbe necessario per evitare l'insorgere di una serie di incertezze (relativamente alla cessazione della litispendenza, alla

---

<sup>280</sup> F.P. LUISO – B. SASSANI, *op. loc. cit.*

<sup>281</sup> P.L. NELA, *op. cit.*, 1762.

liquidazione dei compensi e alla cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale)<sup>282</sup>.

Si può notare però che un provvedimento motivato, attraverso il quale gli stessi rinunciano all'incarico per mancata ottemperanza delle misure impartite per la tutela del contraddittorio, finisce per coincidere con un provvedimento di chiusura del procedimento, senza che vi sia pertanto la necessità di un atto *ad hoc*.

---

<sup>282</sup> ID., *op. loc. cit.*

***CAPITOLO 4: IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO IN  
RELAZIONE A SPECIFICI ASPETTI DELL' ARBITRATO RITUALE.***

***Sommario: 1. Contraddittorio e fissazione delle regole del procedimento arbitrale; 2. Contraddittorio e arbitrato di equità; 3. Contraddittorio e domanda arbitrale; 4. Contraddittorio e domande nuove; 5. Il principio del contraddittorio in relazione alla possibilità per le parti di sollevare eccezioni, depositare memorie e produrre documenti; 6. Effettività del principio del contraddittorio nella “fase istruttoria”: divieto di istruzione segreta; 7. Segue. Contraddittorio ed obbligo di verbalizzazione; 8. Contraddittorio e diritto probatorio; 9. Contraddittorio e fatto notorio “ambientale”; 10. Contraddittorio e consulenza tecnica; 11. Contraddittorio e giuramento decisorio; 12. Contraddittorio e motivazione.***

***1. Contraddittorio e fissazione delle regole del procedimento arbitrale.***

Le regole del procedimento arbitrale – a meno che le parti non abbiano deciso di rimettersi a un regolamento d'arbitrato predisposto da un'apposita istituzione – possono essere stabilite dalle parti stesse ovvero, in subordine, dagli arbitri.

Ai sensi dell'art. 816-bis, comma 1, c.p.c., le parti, se vogliono utilizzare la facoltà loro concessa, debbono farlo nel patto compromissorio ovvero in altro atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale. L'anteriorità della fissazione delle regole del procedimento rispetto al suo inizio serve qui a tutelare non soltanto la posizione degli arbitri - i quali, per poter accettare con cognizione di causa la proposta contrattuale formulata attraverso gli atti di nomina, devono essere a conoscenza delle regole che dovranno essere applicate nel corso del procedimento - ma in primo luogo le parti stesse, in quanto la possibilità di difendersi pienamente rispetto alle iniziative della controparte e degli arbitri presuppone la conoscenza delle



regole del gioco, con un principio che si impone come regola di ordine pubblico, strettamente legato al contraddittorio<sup>283</sup>.

Discorso analogo dovrebbe essere fatto per l'ipotesi in cui le parti non fissino alcuna regola, entrando in gioco il potere vicario degli arbitri di regolare il procedimento nel modo che ritengono più opportuno. Per quest'ultima ipotesi non esiste però una regola che imponga espressamente agli arbitri l'obbligo di fissare le regole di procedura entro un determinato termine.

È stato messo in evidenza in dottrina come il rispetto del principio del contraddittorio imponga anche agli arbitri di determinare le regole del procedimento *in limine litis*, in quanto solo in tal modo le parti avranno la possibilità di programmare la loro linea di difesa<sup>284</sup>. Così, per esempio, non sarebbe possibile per gli arbitri stabilire nel corso del processo dei termini decadenziali senza che le parti ne fossero a conoscenza fin dall'inizio del processo, come, all'opposto, non potranno modificare termini stabiliti all'inizio come decadenziali<sup>285</sup>.

Tale tipo di esigenza è avversata da altra parte della dottrina, la quale sostiene che gli arbitri non siano tenuti, prima dell'instaurazione del giudizio, a elencare le regole procedurali che intendono applicare, purché di volta in volta sia rispettato il principio del contraddittorio<sup>286</sup>. Quest'ultima opzione interpretativa suscita tuttavia dei dubbi, dal momento che un compiuto rispetto del principio del contraddittorio non richiede soltanto che le parti siano messe in grado di difendersi in relazione alle singole attività di volta in volta poste in essere dalla controparte o dagli arbitri, ma che sia possibile

---

<sup>283</sup> V. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 148.

<sup>284</sup> In tal senso R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 303; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 213 ss.; E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637; E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 3-4.

<sup>285</sup> L'esempio è tratto da C. CECHELLA, *L'arbitrato* cit., 150; ma vedi nello stesso senso, in precedenza, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 108 ss.

<sup>286</sup> In tal senso, per es., C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 476.

conoscere anticipatamente le regole della procedura e di conseguenza poter organizzare la propria difesa.

Occorre peraltro sottolineare come la seconda delle interpretazioni descritte sia abbracciata in pieno dalla giurisprudenza, la quale non ritiene sussistere in capo all'arbitro un dovere di fissare le regole della procedura una volta per tutte all'inizio della stessa, ma gli riconosce un potere discrezionale di provvedere di volta in volta, a seconda delle esigenze che man mano si palesano<sup>287</sup>. Tale impostazione vulnera però, come detto, il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, il rispetto dei quali presuppone una fissazione delle regole nella fase iniziale e il loro mantenimento durante tutto il corso del processo<sup>288</sup>.

Dunque, il punto di equilibrio tra il potere degli arbitri di regolare il procedimento e la necessità di rispettare principi cogenti anche nella disciplina arbitrale, quali sono quelli del diritto alla difesa e del contraddittorio, consiste nell'apprestare alle parti un sistema di regole alle quale le stesse possano fare sicuro riferimento. A corollario di ciò, nell'ipotesi in cui gli arbitri non abbiano stabilito diversamente prima dell'inizio del

---

<sup>287</sup> V., in tal senso, Cass. 13 agosto 1999, n. 8637, in *Riv. arb.*, 1999, 699, secondo la quale «il giudizio arbitrale è caratterizzato dal principio dell'assoluta libertà di forme, nel cui ambito gli arbitri adottano le regole da seguire, regole che possono, ritenutane l'opportunità, modificare, espressamente o implicitamente, ampliandole o restringendole, con l'unico ineludibile limite dell'assoluto rispetto del principio del principio del contraddittorio, e sempre che le regole del giudizio non siano state previste e determinate direttamente dalle parti»; in senso analogo Cass. 21 settembre 1999, n. 10192, in *Riv. arb.*, 1999, 701; Cass. 15 luglio 1996, n. 6403; Cass. 7 marzo 1995, n. 2657. Parzialmente in senso contrario, Cass. 21 luglio 2000, n. 9583, in 21 luglio 2000, n. 9583, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Voce arbitrato*, n. 170, la quale afferma che «ove gli arbitri intendano seguire il rito ordinario la loro scelta deve essere esplicitata in *limine litis*, ossia alla prima riunione, al fine di non sorprendere le parti, violandone il diritto di difesa».

<sup>288</sup> Problema differente, seppur sempre legato al rispetto del contraddittorio, è quello dell'estensione del potere discrezionale degli arbitri nello stabilire le regole della procedura. A tal proposito la giurisprudenza ritiene che gli arbitri, a differenza delle parti, possano esclusivamente fissare le regole primarie, ma non le conseguenze della loro inosservanza (in tal senso, tra le altre, Cass. 8637/1999 cit.); in senso contrario parte della dottrina (v., per es., E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 109). In generale, il potere degli arbitri deve essere esercitato nei limiti della «ragionevolezza», con la conseguenza che potrebbero inficiare la validità del lodo l'imposizione di regole che finissero per limitare eccessivamente il diritto delle parti alla prova dei fatti rilevanti.

procedimento, il sistema di regole non può che essere rinvenuto nella disciplina del processo di cognizione statutale<sup>289</sup>.

## 2. Contraddittorio e arbitrato di equità.

Altro problema collegato al rispetto del principio del contraddittorio è quello legato all'ipotesi in cui le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere di risolvere la controversia attraverso l'applicazione dell'equità anziché dello *strictum ius*. Ai sensi dell'art. 822 c.p.c. le parti possono infatti disporre, in *limine litis*<sup>290</sup>, che gli arbitri pronuncino secondo equità, allo stesso modo in cui, ai sensi dell'art. 114 c.p.c., le parti possono attribuire al giudice di primo grado o di appello di decidere secondo equità le controversie aventi a oggetto diritti disponibili. Quando ciò avvenga, si pone un problema di rispetto del contraddittorio non solo nel senso, già evidenziato, che le parti devono conoscere preventivamente le regole processuali che governeranno l'arbitrato ma anche nel senso della preventiva conoscenza del criterio equitativo che gli arbitri intendono adottare, in quanto, in difetto di esso, «le parti non hanno modo di svolgere nel corso del processo le loro difese, nell'impossibilità di identificare le fattispecie rilevanti e gli oneri di allegazione e di prova che fanno loro carico (perché conseguenza della regola giuridica applicabile)»<sup>291</sup>.

Anche in relazione a tale aspetto occorre tuttavia notare come la giurisprudenza non sembra porsi alcun tipo di problema, dando per scontato che l'identificazione della norma applicabile al caso concreto possa essere indicata anche successivamente alla fase iniziale del procedimento ovvero

---

<sup>289</sup> In tal senso, tra gli altri, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 56; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 304.

<sup>290</sup> In quanto l'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro deve essere consapevole; contrariamente, nel senso che la determinazione per la via equitativa sarebbe possibile in corso di causa, facendo sorgere in capo agli arbitri il diritto di recedere per giusta causa: C. PUNZI, *Disegno sistematico* cit., II, 50.

<sup>291</sup> Così C. CECHELLA, *L'arbitrato* cit., 164. In generale, sul tema del rapporto tra principio del contraddittorio e identificazione della regola equitativa v. C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorio del giudice* cit., 74 ss.

direttamente al momento dell'emissione della decisione. Per far valere il mancato rispetto del contraddittorio residua pertanto solo una possibilità "indiretta", che passa attraverso la valutazione di incoerenza della soluzione adottata: strada percorribile impugnando il lodo per mancata esposizione sommaria dei motivi, ossia per totale carenza di motivazione o per una motivazione che non consenta di comprendere la ratio della decisione e di apprezzare se l'iter logico seguito dagli arbitri sia coerente<sup>292</sup>. Infatti, l' art. 829, n. 5, c.p.c. richiama l'art. 823, n. 5, dello stesso codice, il quale, nel disporre che il lodo deve contenere l'esposizione sommaria dei motivi, non distingue tra lodo pronunciato secondo diritto e quello pronunciato secondo equità<sup>293</sup>.

### *3. Contraddittorio e domanda arbitrale.*

Nella fase di introduzione del procedimento arbitrale, il rispetto del principio del contraddittorio è la condizione per la valida instaurazione del procedimento stesso.

Si tratta di una materia su cui il legislatore è intervenuto con la riforma del '94, creando un *corpus* normativo di matrice interpretativa<sup>294</sup> dal quale si ricava che il rispetto del contraddittorio attiene al contenuto e alla disciplina della notifica della domanda d'arbitrato.

---

<sup>292</sup> Per la trattazione del contraddittorio in relazione alla motivazione, vedi *ultra*.

<sup>293</sup> Conclusione ricavabile da sent. Cass. Sez. 1, n. 16755/2013, la quale ribadisce che gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità sono svincolati, nella formazione del loro convincimento, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto; ragion per cui, ai sensi dell'art. 829, comma secondo, ultima parte, c.p.c., il lodo di equità non può essere impugnato per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, per *errores in iudicando*, che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali, non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso.

<sup>294</sup> la Legge n. 25/1994, tra l'altro, ha modificato gli artt. 669-*octies* c.p.c., 2943 c.c. e gli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., fondamentalmente aggiungendo una formula volta ad individuare la proposizione della domanda di arbitrato.

In particolare, la domanda deve contenere tutti gli elementi necessari a precisare *l'edictio actionis*, pena la nullità del lodo per la violazione del contraddittorio, dal momento che la corretta identificazione dell'oggetto del processo è elemento indispensabile per permettere al convenuto di difendersi correttamente<sup>295</sup>.

In relazione alla notifica dell'atto alla controparte, nell'arbitrato *ad hoc* la trasmissione alla controparte dell'atto introduttivo dà avvio alla litispendenza<sup>296</sup>. Sul punto, sono da registrare pronunce giurisprudenziali in cui viene accordata la nullità del lodo per violazione del principio del contraddittorio nei casi in cui la notifica ricorre a mezzo di raccomandata senza avviso di ricevimento<sup>297</sup>, essendo questo «*elemento costitutivo dell'evocazione in giudizio del destinatario, non rilevando solo come prova della cognizione dell'atto introduttivo per quest'ultimo*».

Nulla osta, nell'era del processo telematico, ad una trasmissione a mezzo PEC dell'atto introduttivo del procedimento arbitrale, che con la

---

<sup>295</sup> F. CAMPIONE, *La domanda di arbitrato tra libertà delle forme e principio del contraddittorio*, Riv. Arb., 2013: «La domanda di arbitrato è caratterizzata da tre elementi: manifestazione della pretesa; dichiarazione dell'intenzione di promuovere il procedimento arbitrale; nomina degli arbitri, se spetta.» Donde la nomina dell'arbitro non è momento necessario della domanda, dovendo questa contenere, per essere tale, oltre alla proposizione della pretesa giuridica (che costituisce l'oggetto sostanziale sul quale interverrà il giudizio), il profilo della *vocatio in ius*, e a tal fine la espressa manifestazione dell'intenzione di avviare l'arbitrato e la nomina degli arbitri costituiscono elementi, per così dire, fungibili tra loro.» In questo senso, se male non s'intende, BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in AA.VV., *L'arbitrato*, Bologna, 2007, diretto da CARPI, 321; secondo CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 191, «dovrà trattarsi di una domanda estrinsecata in ogni suo elemento di identificazione», ossia soggetti, *causa petendi* e *petitum*, e «sotto questo profilo non si ritiene debba costruirsi una minore severità dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione»; *contra* SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, Riv. Arb., 2002, 672, secondo il quale «la nomina dell'arbitro, ad esempio, costituirà altresì manifestazione della volontà di promuovere l'arbitrato» e una rigorosa formulazione deve concernere solo le conclusioni delle parti.

<sup>296</sup> *Ex multis*, Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in Riv. arb., 2005, 523 ss., con nota di SANTAGADA, ove si afferma «a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 25/1994 il momento iniziale del giudizio arbitrale va determinato non più — come accadeva nella vigenza del precedente quadro normativo — con riguardo alla costituzione del collegio, bensì con riguardo alla notificazione della domanda di accesso agli arbitri, in quanto idonea a costituire un rituale rapporto procedimentale»; In questo senso, tra gli altri, GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, commentario diretto da MENCHINI, Padova, 2010, 205.

<sup>297</sup> *ex multis*, Cass., n. 15445 del 2012, con commento di Campione.

raccomandata ha in comune, per espresso riconoscimento normativo, il valore legale.

#### 4. Contraddittorio e domande nuove.

Altra questione affrontata dalla giurisprudenza e collegata al principio del contraddittorio è quella relativa alla possibilità per le parti di proporre nuove domande nel corso del procedimento. Problema di non poco conto, se si considera il numero di sentenze che progressivamente lo affrontano<sup>298</sup>, ma

---

<sup>298</sup> In tal senso Cass. 6 giugno 1951, n. 1444, in *Rep. Foro it.*, 1952; voce *Arbitramento*, n. 69; App. Firenze 3 aprile 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 69; Cass. 29 gennaio 1952, n. 250, in *Foro it.*, 1952, I, 439; Cass. 12 febbraio 1953, n. 364; Cass. 24 ottobre 1955, n. 3470; Cass. 12 gennaio 1956, n. 27, in *Giust. civ.*, 1956, 210; *Giur. it.*, 1956, I, 1, 1131, con nota di F. FERRI; Cass. 19 maggio 1956, n. 1730; App. Catanzaro 16 aprile 1959, in *Mass. Giur. it.*, voce *Arbitrato*, n. 108; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 1962, n. 323, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Arbitrato*, n. 28, secondo la quale non trovano applicazione nel giudizio arbitrale, che le parti non abbiano vincolato al all'osservanza delle norme del codice di rito, le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., né eccedono dai limiti delle loro attribuzioni gli arbitri che rispondono non solo ai quesiti loro posti nella loro formulazione originaria, ma anche a quelli più latenti che la successiva discussione, svoltasi tra le parti in regolare contraddittorio tra loro, ha reso necessari e ampliati per la decisione, così tenendo presenti anche le successive circostanze, difese e precisazioni formulate dalle parti nel corso del giudizio arbitrale; lodo arbitrale 13 luglio 1964, in *Rep. Giur. it.*, 1966, voce *Arbitrato*, n. 30; App. Roma 31 maggio 1966, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitrato*, n. 36; Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, in *Giust. civ.*, 1968, 2013, con nota redazionale di R(OMANO) V(ACCARELLA) e in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703, con nota di E.F. RICCI; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 620; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 635; Coll. arb. 7 maggio 1990, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 1416; Coll. arb. 22 dicembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 487, secondo il quale nella procedura arbitrale rituale il divieto della *mutatio libelli* deve essere visto con maggiore elasticità, risultando sufficiente che le parti abbiano rispettato il principio del contraddittorio, con la conseguenza che non costituisce domanda nuova la proposizione della domanda di condanna rispetto a quesiti nei quali si era introdotta soltanto la domanda di accertamento; App. Napoli 9 gennaio 1997, in *Rass. Avv. Stato*, con nota di G. ARPAIA, il quale, dopo aver affermato il principio della ammissibilità di domande nuove in corso di procedimento arbitrale purché sia rispettato il principio del contraddittorio, accoglie l'impugnazione per nullità avverso un lodo in quanto gli arbitri, a seguito della proposizione di domande nuove, non avevano fissato nuovi termini per il deposito di documenti e memorie e per le successive repliche; Cass. 17 dicembre 1993, n. 12517, in *Riv. arb.*, 1995, 439, con nota di E. VULLO, che dichiara inammissibile la domanda proposta per la prima volta con un atto depositato per la prima volta in una fase del processo arbitrale che non consenta alla controparte di replicare, in quanto tale circostanza costituisce una violazione del principio del contraddittorio; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1620; Cass. 4 luglio 2000, n. 8937; Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472, in *Arch. civ.*, 2003, 1338; Cass. 26 marzo 2003, n. 4463, in *Foro it.*, 2003, I, 1, 2083; Cass. 11 luglio 2003, n. 10910, in *Guida al diritto*, 2003, 36, 74, che afferma la possibilità di presentare una domanda riconvenzionale anche in memorie successive alla prima, in deroga a quanto previsto dall'art. 167 c.p.c.; Cass. 8 aprile 2004, n. 6950, in *Guida al diritto*, 2004, 23, 61; Cass. 3 maggio 2004, n. 8320, in *Gius.*, 2004, 3389; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2531, in *Guida al diritto*, 2005, 12, 52; Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717.

sostanzialmente risolto in modo univoco, nonostante le modifiche nel tempo intervenute in ordine al regime delle preclusioni, con l'affermazione del principio secondo il quale, qualora le parti non abbiano imposto agli arbitri l'obbligo di osservare la procedura ordinaria, non vi è alcuna preclusione nel proporre domande nuove nel corso del procedimento, finanche negli atti conclusivi, purché però sulle nuove domande e conclusioni la controparte sia messa in grado di svolgere pienamente le sue difese, così da rispettare il principio del contraddittorio. Vale, peraltro, la pena di sottolineare come alcune sentenze sembrano subordinare la possibilità di domande nuove all'accettazione, anche implicita (cioè avvenuta attraverso l'adozione, a opera della controparte, di difese nel merito), del contraddittorio<sup>299</sup> e, di conseguenza, affermano che, in caso di modificazione della domanda nel corso del giudizio non accettata da controparte, si ha violazione del contraddittorio ove il collegio arbitrale non abbia tenuto conto della eccezionale novità della domanda stessa, decidendo sul punto. Nel caso in cui<sup>300</sup>, invece, essendo stata proposta una nuova domanda in una fase del procedimento in cui esisteva la possibilità di opporsi tempestivamente ma la parte non l'ha fatto, quest'ultima non può poi lamentare la tardività della domanda in sede di impugnativa, esistendo a suo carico un onere di eccezione tempestiva. È stata, infine, negata la possibilità di presentare nuove domande quando il procedimento è giunto in uno stadio in cui è solo possibile illustrare le pretese e le richieste già presentate e non sarebbe pertanto possibile per la controparte replicare<sup>301 302</sup>.

---

<sup>299</sup> In tal senso, per esempio, Cass. 24 gennaio 1966, n. 302, in *Mass. Giur. it.*, 1966, 120; Cass. 17 gennaio 1985, n. 107.

<sup>300</sup> App. Torino 16 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 90.

<sup>301</sup> In tal senso Cass. 14 febbraio 1997, n. 1404, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Arbitrato*, n. 182.

<sup>302</sup> V., in relazione all'impossibilità di porre nuovi quesiti con la comparsa conclusionale, Cass. 2 ottobre 1980, n. 5354, in *Rep. Giur. it.*, 1980, voce *Arbitrato*, n. 61; App. Messina 29 giugno 1981, in *Giur. merito*, 1982, 851, per il quale è inammissibile, per violazione del principio del contraddittorio, l'istanza di dichiarazione di incompetenza per connessione del giudizio arbitrale con altro promosso davanti al giudice ordinario se proposta dopo la chiusura della discussione davanti al collegio, dato che da quel momento resta preclusa ogni ulteriore attività delle parti; Cass. 27 ottobre 2004, n. 18918, secondo la quale, in mancanza di esplicita previa indicazione delle parti, gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento

La mancata indicazione di termini perentori potrebbe dare non pochi problemi in caso di arbitrato con una sola parte “costituita”. E’ pacifico che non esiste in arbitrato l’istituto della contumacia, perché non è previsto un formale atto di costituzione in giudizio, ma deve ritenersi che, nel rispetto del contraddittorio, la parte “contumace” (che potrebbe definirsi semplicemente “assente”) deve vedere salvaguardato il principio del contraddittorio. Alla parte “assente” pertanto dovrebbero essere notificati tutti gli atti contenenti ampliamenti del *thema decidendum*, con le conseguenti inevitabili complicazioni.

*5. Il principio del contraddittorio in relazione alla possibilità per le parti di sollevare eccezioni, depositare memorie e produrre documenti.*

In relazione alla possibilità, per le parti, di sollevare eccezioni, depositare memorie e produrre documenti, è stato deciso che, qualora gli arbitri concedano a una parte la possibilità di depositare memorie e documenti oltre il termine già fissato per tale adempimento, deve ritenersi violato il principio del contraddittorio se all’altra parte non sia data comunicazione dell’avvenuto deposito, né venga assegnato un termine per eventuali osservazioni<sup>303</sup>.

---

del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, ma debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche onde assicurare il corretto svolgimento del procedimento con il pieno rispetto del principio della regolarità del contraddittorio, che presiede anche allo svolgimento del giudizio arbitrale; da ciò consegue la tardività e l’inammissibilità di quesiti formulati per la prima volta con la comparsa conclusionale, che è destinata solo a illustrare le ragioni delle pretese e delle richieste delle parti, senza possibilità alcuna di ampliare l’oggetto della controversia poiché ciò comporterebbe violazione del diritto di difesa della controparte.

<sup>303</sup> V. Cass. 29 agosto 1997, n. 8177, in *Rep. Giur. it.*, 1997, voce *Arbitrato*, n. 182; in termini analoghi Cass. 13 luglio 1994, n. 6579, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Arbitrato*, n. 119, che dichiara la violazione del contraddittorio nel caso in cui, concessa ad una parte la facoltà di depositare memorie e documenti anche dopo la chiusura dell’istruttoria, non sia data comunicazione all’altra parte del deposito né assegnato termine per eventuali osservazioni; Cass. 7 marzo 2007, n. 5274, che afferma che il deposito di documenti ad opera di una delle parti in sede di memoria illustrativa non comporta una violazione del contraddittorio, se alla controparte viene consentito di prenderne visione e di svolgere al riguardo opportune difese.



Nell'ipotesi in cui vi è produzione di documenti oltre il termine all'uopo fissato dagli arbitri ma questa avviene prima dell'udienza di discussione, se la controparte, che pure ne aveva avuto conoscenza, non ha richiesto la concessione di un nuovo termine per produrre a sua volta ulteriore documentazione, non può ritenersi sussistente alcuna violazione del contraddittorio<sup>304</sup>.

È stata inoltre ritenuta tempestiva l'eccezione di incompetenza per connessione con una causa pendente dinanzi al giudice ordinario formulata in una memoria di replica dopo lo spirare del termine concesso dagli arbitri per le difese, atteso che tale termine non è dichiarato perentorio dalla legge<sup>305</sup>.

In senso analogo, si è ritenuto, in tema di impugnazione del lodo per motivi attinenti alla nomina degli arbitri (art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c.), che l'ammissibilità dell'impugnazione stessa sia condizionata alla deduzione della relativa nullità nell'arco dell'intero giudizio arbitrale senza che possa conseguentemente, porsi alcuna questione di limiti temporali nell'ambito dello stesso giudizio che non derivi dal necessario rispetto del principio del contraddittorio, restando, per l'effetto, irrilevante che la relativa deduzione sia sollevata non nella prima difesa della parte eccipiente, ma in una memoria successiva<sup>306</sup>.

Analogamente, in applicazione del principio secondo il quale può verificarsi nullità della sentenza arbitrale soltanto quando non siano state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, la giurisprudenza univocamente ha sostenuto che l'omessa fissazione, da parte degli arbitri, di un'udienza per la precisazione delle conclusioni definitive, anche quando questa sia stata prescritta dalle parti nel patto compromissorio, non può determinare – qualora sia stato rispettato dagli arbitri il principio del contraddittorio e sia stata garantita l'applicazione delle

---

<sup>304</sup> V. Cass. 6 novembre 2006, n. 23670, in *Impresa*, 2007, 492.

<sup>305</sup> V. Cass. 15 luglio 1996, n. 6403, in *Contratti*, 1997, 66 e *Giust. civ.*, 1997, I, 1923.

<sup>306</sup> V. Cass. 14 febbraio 2003, n. 2208, in *Arch. civ.*, 2003, 1338 e *Impresa*, 2003, 694.

altre norme di carattere cogente – la nullità del lodo e non può legittimare l'impugnazione dello stesso ai sensi dell'art. 829 c.p.c., proprio in virtù del fatto che nel procedimento ordinario, dove è prevista la fissazione di un'udienza per la precisazione delle conclusioni, l'inosservanza di tale norma non è, di per sé sola, causa di nullità del processo o della sentenza, non essendo la nullità prevista dalla legge<sup>307</sup>. Discorso analogo può essere fatto in relazione alla mancata fissazione dell'udienza finale di discussione<sup>308</sup>.

Da segnalare è, inoltre, Cass. 30 aprile 2014, n. 131, secondo la quale in materia di arbitrato rituale, la fissazione, da parte degli arbitri, di un'unica udienza per la precisazione delle conclusioni ed il deposito delle comparse conclusionali, ossia per l'illustrazione delle conclusioni, con fissazione di un ulteriore termine per il deposito da entrambe le parti delle memorie di replica, non viola il principio del contraddittorio.

La proroga del termine per la pronuncia del lodo arbitrale, a norma dell'art. 820, secondo comma, cod. proc. civ., nel testo vigente anteriormente alla modifica apportata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, non può essere ravvisata (Cass. 3 settembre 2014, n. 18607) implicitamente nella concessione, ad opera degli arbitri, di un termine per memorie istruttorie su richiesta di una delle parti, ma postula l'effettiva ammissione di mezzi di prova, consentendosi altrimenti una proroga tacita del termine per la decisione senza il consenso di entrambi i contendenti, con inammissibile alterazione del contraddittorio.

---

<sup>307</sup> V. Cass. 23 settembre 1964, n. 2405, in *Mass. Giur. it.*, 1964, 812; Cass. 10 novembre 1999, n. 12453, in *Contratti*, 2000, 170; App. Roma 28 aprile 2003, in *Guida al diritto*, 2003, 38, 83; Cass. 1° febbraio 2005, n. 1988, la quale nella parte motiva ribadisce il principio secondo il quale «l'omessa fissazione dell'udienza di discussione e di precisazione delle conclusioni non è causa di nullità del lodo di per se stessa ma solo se tale omissione abbia effettivamente inciso, limitandolo, sul diritto di difesa delle parti o anche di una sola delle stesse, valutazione che va effettuata riportandosi alla situazione processuale antecedente alla pronunzia».

<sup>308</sup> V. Cass. 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695, con nota di A. LEVONI; App. Roma 21 settembre 1998, in *Gius.*, 1998, 3419.

**6. Effettività del principio del contraddittorio nella "fase istruttoria": divieto di istruzione segreta.**

La dimensione effettiva del contraddittorio - la quale ben può evincersi, per l'arbitrato, dall'inciso «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»<sup>309</sup> presente all'art. 816-bis in riferimento alle parti, ma, comunque, dal combinato disposto degli artt. 3, 24 e 111 Cost. - implica, sia per il processo ordinario che per l'arbitrato, misurarsi con la portata del principio non solo nella fase dell'ammissione e della valutazione, ma anche nella fase della formazione della prova. *Rebus sic stantibus*, il divieto di istruzione segreta nella formazione-assunzione della prova risulta un ovvio corollario.

In materia di arbitrato il tema, in realtà, ha assunto nelle riflessioni della dottrina tanto rilievo in passato a seguito di una pronuncia che, prima che fosse normativamente sancito in materia arbitrale il limite del rispetto del principio in esame, l'aveva espressamente ammessa<sup>310</sup>.

Con una celebre nota a sentenza Ricci criticava la pronuncia della Cassazione, desumendo il divieto dall'art. 24 Cost.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> Sul punto G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, 100 e M.F. GHIRGA, sub art.816 bis, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI), *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1253 ss.

<sup>310</sup> Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, con nota di E.RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss. Nella dottrina più recente, contro l'istruzione segreta nel giudizio arbitrale cfr. L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 162; C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 145 s.

<sup>311</sup> la disamina del Ricci va collocata storicamente in modo corretto: l'Autore infatti scrive ben prima della novella dell'art. 111 Cost. e dell'affermazione dei principi del giusto processo. A ben vedere egli non pone in dubbio che sia il principio del contraddittorio a vietare una siffatta modalità dell'istruttoria ma si limita a constatare che quel principio, nei soli termini in cui allora era espresso, ossia dall'art. 101 c.p.c. e dall'art. 816, comma 3, c.p.c., si riferiva da un lato soltanto alla *vocatio in ius* e dall'altro, almeno espressamente, soltanto alla fase dell'ammissione e al più della valutazione della prova. Per cui egli andava a ricercare una sua più compiuta forma nell'affermazione del diritto di difesa, ex art. 24 Cost., ritenendo che esso attribuisse «all'art. 206 cod. proc. civ. una dignità diversa e maggiore, di quella che gli compete nel semplice contesto della legge», ma che a ben vedere costituisce l'affermazione embrionale di quei principi oggi espressi dall'art. 111 della Carta costituzionale.

### 7. Segue. Contraddittorio ed obbligo di verbalizzazione.

Argomento strettamente legato al tema del contraddittorio – e suscettibile di nuova interpretazione in considerazione della disposizione dell'art. 816-*bis* c.p.c. – è quello della verbalizzazione delle attività che si svolgono durante il procedimento arbitrale.

Prima della riforma, era possibile in sostanza evidenziare due differenti orientamenti.

Il primo, più obsoleto, riteneva che la verbalizzazione delle attività compiute dagli arbitri non fosse obbligatoria<sup>312</sup>, ferma restando la facoltà per le parti di imporre agli arbitri di verbalizzare le operazioni compiute, attraverso una clausola specifica ovvero, più genericamente, stabilendo l'obbligo di osservare le forme prescritte a pena di nullità per i giudizi<sup>313</sup>. Ovvio conseguenza di tale impostazione era che la mancata verbalizzazione non avesse alcun tipo di effetto in ordine alla nullità del lodo.

Tuttavia la maggior parte degli autori, anche prima dell'espressa previsione, sancita dalla novella del 1994, della possibilità di impugnare il lodo per violazione del contraddittorio, era di contrario avviso, ritenendo che la verbalizzazione delle attività compiute dagli arbitri fosse obbligatoria (e quindi sottratta alla possibilità di un'opzione differente a opera delle parti o degli arbitri), proprio in virtù del rispetto del principio del contraddittorio, il quale non può esprimersi pienamente se le parti non hanno piena conoscenza delle risultanze fattuali e istruttorie<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Tale tesi è sostenuta, per esempio, da T. CARNACINI, *Arbitrato rituale* cit., 884, il quale, pur ritenendo «opportuna e consigliabile» la pratica della verbalizzazione delle attività arbitrali, non la ritiene imposta dalla legge; in senso parzialmente analogo G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1958, 280 ss., secondo il quale «nonostante i gravi inconvenienti che dalla non necessaria tenuta di verbali possono derivare è, tuttavia, nello spirito della legge di non imporre la necessità della forma scritta nel procedimento arbitrale». Sempre nel senso della facoltatività della verbalizzazione anche R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 508-509.

<sup>313</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 281.

<sup>314</sup> In tal senso, tra gli altri, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 121 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 488 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 199-200.

Nonostante la dottrina maggioritaria sostenesse, pertanto, la necessità della verbalizzazione delle attività del procedimento, la giurisprudenza era invece di avviso contrario, ritenendo che spettasse alle parti ovvero, in subordine, agli arbitri, decidere sul punto, senza che la mancata verbalizzazione potesse comunque influire sulla validità del lodo, dimostrando di non saper cogliere, a parte alcune eccezioni<sup>315</sup>, lo stretto collegamento esistente tra la verbalizzazione dell'attività svolta di fronte agli arbitri (e in particolare l'attività istruttoria) e l'effettività dei principi del contraddittorio e di difesa, i quali potranno ritenersi garantiti soltanto se le parti siano in grado di ricostruire in modo completo ed esauriente quanto avvenuto nel corso del procedimento, anche al fine di un'eventuale impugnazione del lodo<sup>316</sup>.

Tale posizione, non sostenibile neppure sotto la vigenza della precedente disciplina, deve a maggior ragione essere rivista a seguito dell'espressa previsione della necessità del rispetto del contraddittorio e dell'assegnazione alle parti di ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa. La possibilità di una difesa ragionevole (ed effettiva) ha infatti come necessario presupposto che le parti siano in grado di ricostruire nei minimi dettagli tutto ciò che è avvenuto nel corso del procedimento, così che occorre ritenere che non sia

---

<sup>315</sup> V., per esempio, App. Firenze 16 gennaio 1958, in *Rep. Foro it.*, voce *Arbitrato*, n. 41, secondo il quale «la mancata o incompleta verbalizzazione dell'attività istruttoria svolta nell'arbitrato incide sostanzialmente sui presupposti di un valido contraddittorio».

<sup>316</sup> Si vedano, tra le sentenze che negano la necessità di redigere il verbale dell'attività svolta, Cass. 18 novembre 1967, n. 2772, in *Mass. Giur. it.*, 1967, 1045, secondo la quale «la mancata redazione del verbale di ispezione dei luoghi, eseguita in sede di giudizio, non importa nullità del lodo allorché il compromesso non imponga agli arbitri l'osservanza di determinate facoltà procedurali»; Cass. 8 ottobre 1969, n. 3212, in *Rep. Giur. it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 68: «quando le parti non abbiano vincolato gli arbitri a determinate formalità, l'omissione della verbalizzazione di attività istruttoria non costituisce motivo di nullità»; Cass. 9 agosto 2004, n. 15353, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2557, la quale, in tema di arbitrato contrattuale, respinge il ricorso della parte che si lamentava della violazione del contraddittorio a causa dell'omissione, da parte degli arbitri, della verbalizzazione dell'attività compiuta; Cass. 8 settembre 2004, n. 18049, in *Foro it.*, 2005, I, 1768, la quale, in tema di arbitrato contrattuale, in virtù del principio in base al quale «nell'arbitrato irrituale il contraddittorio si realizza assicurando alle parti la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia», ha respinto il ricorso con il quale una delle parti si doleva della mancata redazione di un verbale delle operazioni e della mancata comunicazione delle attività compiute.

sufficiente, a tal fine, la semplice annotazione degli elementi emersi<sup>317</sup>, ma sia necessaria una vera e propria verbalizzazione.

### **8. Contraddittorio e diritto probatorio.**

In tema di diritto probatorio, il necessario rispetto del principio del contraddittorio anzitutto è determinato dal divieto per gli arbitri di restringere, seppur con scelta operata in *limine litis*, il novero dei mezzi di prova ammissibili ad alcuni soltanto dei mezzi di prova astrattamente prevedibili (ad esempio solo ai documenti), mentre una tale facoltà non sembra incontrare alcun problema se riferita alle parti<sup>318</sup>.

Dall'assunto che nell'arbitrato non vige il principio di tipicità della prova<sup>319</sup> unito al regime di libertà delle forme, ne consegue che non troveranno applicazione le norme regolanti le forme di assunzione delle prove costituenti e le norme relative alla dinamica della fase istruttoria, ossia «alle modalità di forma, tempo luogo delle istanze e in genere degli atti istruttori»<sup>320</sup>.

Se la seconda affermazione non incontra alcuna apprezzabile obiezione in dottrina, rientrando quelle norme tra quelle regolanti «l'iter del procedimento», per cui esse sono ritenute assoggettate al disposto dell'art. 816 *bis*, c.p.c., anche privilegiando una sua interpretazione restrittiva<sup>246</sup>, riguardo al primo aspetto la posizione degli interpreti va di pari passo con

---

<sup>317</sup> In tal senso D. SIRACUSANO, sub art. 816 c.p.c., in *Codice di procedura civile* (a cura di N. PICARDI), Milano 2004, 2408.

<sup>318</sup> Cfr. sul punto E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69.

<sup>319</sup> il principio di tipicità della prova non è principio appartenente all'ordine pubblico processuale, e, conseguentemente, esso non trova luogo nell'esperienza arbitrale.

<sup>320</sup> Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 89 s.; si veda anche R. VECCHIONE, *op. cit.*, 521 ss; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 738 s.; G.F. RICCI, sub art. 816 *ter* in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F. CARPI, 2a ed., Bologna, 2007, 419, che si riferisce agli artt. 202-208 c.p.c., ritenendole disposizione meramente ordinatorie, fatta eccezione quelle, come l'art. 206 c.p.c., che tutelano indirettamente il principio del contraddittorio.

quella relativa all'ammissibilità delle prove atipiche, che qui devono essere intese nel senso di "prove atipicamente assunte".

In forza del principio del contraddittorio, nel processo e non prima del processo devono essere formate tutte le prove rappresentative «ripetibili», quelle cioè che non rappresentano il fatto della loro formazione ma rappresentano un fatto diverso, secondo la distinzione cara al Carnelutti tra testimonianza e documento (o, se si preferisce, tra prova costituenda e prova costituita). Ed è indubbio, tuttavia, come suggerisce l'Autore richiamato in nota, che in ogni caso, nell'acquisizione o assunzione di prova in forme «atipiche», dovrà essere rispettato il principio del contraddittorio.

Il principio in esame, però, per quanto principio inviolabile, può sempre essere compresso o limitato da altri principi generali<sup>321 322</sup>, come il principio di economia processuale o, come accade nella testimonianza scritta, posticipandolo ad un momento successivo alla formazione della prova<sup>323</sup>.

La valutazione del principio del contraddittorio sarà dunque il risultato di un'operazione di bilanciamento dei valori che nel caso specifico vengono in gioco, nella prospettiva, si spera, di superamento dell'accertamento della mera verità epistemologica a cui ogni giudizio dovrebbe tendere.

---

<sup>321</sup> A tal proposito, ritiene che la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova sia «piena» da un punto di vista logico, «pur non potendo sempre instaurarsi» L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 31 s. e, *Ibid.*, nota 93.

<sup>322</sup> Per una sentenza di merito che, invece, ha escluso l'ammissibilità di uno scritto proveniente da terzi che «si riveli sostitutivo della prova testimoniale», in caso di contestazione della controparte della violazione del diritto del contraddittorio, «derivante dal non aver partecipato alla formazione della prova stessa» cfr. App. Bari, 15 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, I., 1905.

<sup>323</sup> Per C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 175, nota 8, «pare necessario e sufficiente che sulle risultanze della testimonianza scritta si possa misurare il contraddittorio delle parti e l'eventuale replica mediante controprova». In giurisprudenza, nel senso dell'ammissibilità della testimonianza scritta si vedano le pronunce Cass. 14 giugno 2001, n. 8063, in *Rep. Foro. It.*, 2001, voce *prova civile in genere*, n. 52. Nella giurisprudenza di merito, nel senso invece dell'inammissibilità della testimonianza scritta poiché quando è possibile la testimonianza deve essere assunta nel contraddittorio delle parti cfr. Trib. Nola 30 gennaio 2004, in *Guid. dir.*, 2004, 40, 73; conf. App. Bari, 15 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, I., 1905

### 9. Contraddittorio e fatto notorio "ambientale".

Il principio di terzietà ed imparzialità del giudicante<sup>324</sup> ha come corollario il divieto di scienza privata anche nel giudizio arbitrale.<sup>325</sup>

In un ramo del diritto come l'arbitrato, dove il giudicante è spesso scelto dalle parti sulla base delle sue conoscenze tecniche, non è difficile però che egli conosca direttamente, oltre che la materia su cui verte la lite, anche la vicenda controversa, o elementi di fatto rilevanti per essa. Così, soprattutto in relazione al secondo aspetto, si è evidenziato in dottrina come «di frequente in arbitrato [...] gioca un più ampio ruolo che nel processo civile il fatto notorio»<sup>326</sup>.

Prosegue l'Autore citato in nota affermando che in arbitrato, accanto «al notorio "locale" – fatti di comune esperienza in un dato ambiente territoriale – v'è un notorio, per così dire, "ambientale" – di ambiente umano, di ceto, di categoria di attività – «che [...] trova l'occasione più propizia di manifestarsi, perché quivi il giudicante non è dato ma è scelto, ed è scelto anche per la sua familiarità con l'ambiente ove è nato il rapporto sfociato in controversia, e quindi per la sua partecipazione alla conoscenza di dati e fatti comuni in quell'ambiente»<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> sul punto, nell'ambito della giustizia arbitrale, *ex multis* E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss., secondo il quale «la imparzialità è valore etico intrinseco al compito di giudicare l'altrui contesa, e si estende, quindi, tanto al giudice statale quanto all'arbitro, prima ed a prescindere dall'imposizione normativa».

<sup>325</sup> In senso affermativo cfr. M. MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in G. FICHERA-M. MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 436; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 181. *Contra*, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, 106 secondo il quale nell'arbitrato «non è che l'arbitro non possa utilizzare le sue conoscenze private, è che egli non può utilizzarle violando il principio del contraddittorio». Sul principio di imparzialità dell'arbitro, come requisito per conferire all'arbitrato la qualificazione di alternativa paritaria al giudizio civile cfr. F. ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 603 ss.

<sup>326</sup> Cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 181. *Conf.* G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 107.

<sup>327</sup> *Id.*, 182.



Il fatto notorio costituisce una deroga al divieto di scienza privata<sup>328</sup>, oltre che una deroga al principio del contraddittorio ed al principio dispositivo.

Seppur rimanendo nella convinzione che la libertà delle forme non imponga come disciplina residuale il codice di procedura civile, il principio desumibile dall'art. 115, comma 2, c.p.c. può senz'altro essere ritenuto vigente anche nell'arbitrato, come deroga, giustificata e giustificabile, ai sopravvisti principi – di cui uno, il contraddittorio - senz'altro di ordine pubblico, in nome proprio di quella libertà. Proprio perché il codice di procedura civile non costituisce lo *ius commune* del giudizio arbitrale, secondo l'impostazione che si ritiene preferibile, il notorio non incontra, però, necessariamente quei limiti di rigore che sono propri, invece, dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 115, comma 2, c.p.c.<sup>329</sup>, ed ecco che le osservazioni di La China appaiono quanto mai pertinenti e degne di nota.

E' chiaro che in concreto, così come non è agevole tracciare il confine tra notorio e scienza privata del giudice ordinario (ne sono un esempio le pronunce richiamate), altrettanto non lo è in sede arbitrale: si deve ritenere, almeno in linea di principio, che il limite massimo oltre il quale non può spingersi il notorio dell'arbitro sia proprio quel concetto di notorio

---

<sup>328</sup> Cfr. Cass. 12 marzo 2008, n. 6684, in *Resp. civ.*, 2008, 5, 464, che ricorda come il notorio costituisca deroga anche al principio dispositivo ed a quello del contraddittorio; conf. Cass. 7 marzo 2005, n. 4862 in *Mass. giur. lav.* 2005, 6, 502; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3980 in *Arch. civ.*, 2004, 1482; Cass. 8 agosto 2002, n. 11946, in *Arch. civ.*, 2003, 689. In dottrina si veda per gli opportuni riferimenti L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, cit., 78 e 89 ss. In senso critico cfr. S. PATTI, *Prova: I*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXV, 7, secondo il quale il notorio non avrebbe a che fare con la «scienza privata» del giudice, ma con la «scienza ufficiale».

<sup>329</sup> Cfr., oltre alle pronunce citate alla nota precedente, e tra le tante, Cass. 7 gennaio 2003, n. 26 in *Rep. Foro It.*, voce *prova civile in genere*, n. 23, secondo la quale il notorio “è costituito dalle cognizioni comuni e generali in possesso della collettività, nel tempo e nel luogo della decisione, e non può quindi risolversi nella conoscenza del fatto particolare intorno al quale si contende”. Conf. Cass. 20 aprile 2004, n. 7500 in *Rep. Foro It.*, 2004, voce *prova civile in genere, mezzi di prova e fonti di convincimento*, n. 42; Cass. 21 maggio 2004, n. 9705 in *Rep. Foro It.*, 2004, *Id.*, n. 43. Ritengono tuttavia numerose pronunce che sia ammissibile il ricorso al c.d. “notorio locale”, da intendersi come “fatto generalmente conosciuto, almeno in una determinata zona (cd. notorietà locale) o in un particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura”. Cfr. Cass. 21 febbraio 2007, n. 4051 in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. 19 agosto 2003, n. 12112 in *Arch. civ.*, 2004, 828; Cass. 1° giugno 1987, n. 4826 in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *prova civile in genere*, n. 22.

ambientale cui fa riferimento La China. pensando soprattutto agli arbitrati amministrati, che un fatto possa essere ritenuto comune esperienza della collettività di chi ne fa parte è conclusione che necessita, in definitiva, di specifica indagine nel caso concreto.

#### **10. Contraddittorio e consulenza tecnica.**

Altro aspetto al quale vale la pena accennare è quello relativo al rapporto tra contraddittorio e consulenza tecnica.

la riforma del 2006, premiando l'interpretazione di gran lunga prevalente della dottrina e della giurisprudenza<sup>330</sup>, ha espressamente previsto l'istituto all'art. 816-ter, comma 5, c.p.c.

L'ammissibilità era invocata come logica espressione del diritto alla prova e come strumento indispensabile per garantire un pieno ed effettivo contraddittorio nella formazione della prova<sup>331</sup>. Gli unici dubbi erano dovuti, invece, ad una pretesa violazione del contenuto del mandato da parte degli arbitri che nominassero un consulente per essere coadiuvati nella cognizione di profili tecnici del contendere, atteso che normalmente questi sono scelti proprio per le loro competenze tecniche<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Sull'inammissibilità, invece, in arbitrato, di una consulenza avente ad oggetto quesiti giuridici cfr. Cass. 7 giugno 1989, n. 2765 in *Giust. civ.*, 1989, I, 2345; in *Foro Pad.*, 1990, I, 278, con nota di M. RUBINO SAMMARTANO, *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*. Evidente che riguardo alla perizia giuridica entri in gioco il problema della delga di funzioni decisorie. Cfr. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1139. Per l'ammissibilità della soluzione di quesiti tecnici da parte di un membro del collegio particolarmente qualificato, con dubbio rispetto del principio di collegialità, Coll. Arb. 23 dicembre 1986, in *Arch. giur. oo. pp.* 1987, 128. Sul fatto che la consulenza tecnica possa non essere disposta quando gli arbitri siano in possesso delle cognizioni necessarie per decidere la causa in base alle prove già raccolte si veda Cass. 8 ottobre 1969, n. 3212 in *Rep. Foro It.*, 1969, voce *arbitrato*, n. 67.

<sup>331</sup> Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 120 s. Il mezzo probatorio era già pacificamente ammesso in sede arbitrale dalla giurisprudenza, cfr. tra le tante Cass. 26 settembre 2007, n. 19949, cit.

<sup>332</sup> Il problema è inconsistente per V. Vigoriti, dal momento che delegata al consulente è solo la percezione di taluni aspetti tecnici e non invece la decisione. Più rilevante, anche se l'Autore conclude per l'ammissibilità della consulenza tecnica nell'arbitrato, sarebbe invece il problema della riservatezza nella valutazione di aspetti tecnici della controversia, prendendo ad esempio questioni di *know how* o di accertamenti contabili. Cfr. V. VIGORITI, *Arbitrato e*

Indubbiamente, anche in una prospettiva *de iure condendo*, non si può che condividere la scelta del legislatore, apparendo *icto oculi* evidente come preponderanti siano le ragioni per ritenere la consulenza tecnica ammissibile rispetto a quelle contrarie a quell'ammissibilità<sup>333</sup>.

Il tema della consulenza tecnica in arbitrato rimane oggi oggetto di dibattito in ordine all'estensione che deve essere assicurata al principio del contraddittorio durante il suo espletamento.

A tal proposito, la giurisprudenza si è attestata sulla posizione che il principio del contraddittorio può ritenersi rispettato quando gli arbitri, terminati gli accertamenti tecnici effettuati dal consulente, permettano alle parti di esporre le loro osservazioni sulle risultanze dell'attività istruttoria. Pertanto, a meno che le parti non richiamino espressamente le disposizioni del codice di procedura civile relative alla consulenza tecnica nel processo di cognizione, occorre ritenere che «gli arbitri ... hanno la facoltà di regolare l'assunzione delle prove e di qualsiasi accertamento nel modo ritenuto più opportuno, ma devono, dopo il compimento dell'istruttoria e prima di emettere la pronuncia, assegnare alle parti un termine, onde consentire loro, sulla base delle risultanze istruttorie, la presentazione delle rispettive osservazioni e difese; essi devono far conoscere alle parti i risultati dell'istruttoria e concedere termine per le loro deduzioni e difese a seguito della istruttoria espletata»<sup>334</sup>.

In particolare, poi, la Cassazione sottolinea che il rispetto delle disposizioni codicistiche relative alla consulenza tecnica non è ricompreso

---

*consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss., spec. 186. Inammissibile sarebbe la consulenza tecnica nel caso in cui gli arbitri siano stati designati proprio per le loro competenze tecniche per E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 70.

<sup>333</sup> Sulla compatibilità dell'istituto con la disciplina della *privacy*, che sarebbe applicabile all'arbitrato in quanto non sarebbe configurabile una sua esclusione sull'inerenza alle «ragioni di giustizia», che riguarderebbero solo l'«ambito pubblico» cfr. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss. spec. 1142 s., il quale conclude per la necessità del consenso espresso delle parti o per la «necessarietà» della nomina del consulente affinché gli arbitri siano immuni da responsabilità.

<sup>334</sup> Cass. 29 gennaio 1992, n. 923, in *Foro it.*, 1992, I, 1385; *Foro pad.* 1993, I, 40.

nel nucleo essenziale del rispetto del contraddittorio, inderogabile anche quando gli arbitri sono dispensati dall'osservanza delle regole del processo davanti al giudice ordinario, essendo sufficiente che le gli arbitri facciano conoscere alle parti le risultanze dell'istruttoria successivamente all'espletamento della stessa. Con la conseguenza che non è obbligatoria la concessione della facoltà di affiancare all'attività del consulente d'ufficio quella del consulente di parte, ai sensi dell'art. 201 c.p.c. e 91 disp. att. c.p.c. purché, ovviamente, non sia preclusa alle parti la facoltà di discutere le risultanze della C.T.U. anche tramite propri tecnici di fiducia. Con l'ulteriore conseguenza che nessuna nullità colpirebbe il lodo né nell'ipotesi in cui alle parti non sia stato possibile partecipare personalmente alle operazioni peritali né nell'ipotesi in cui non sia stato concesso un termine per la nomina di un proprio consulente.

Esclude, inoltre, qualsivoglia profilo di nullità del lodo sia nelle ipotesi in cui non sia data possibilità alle parti di partecipare personalmente alle operazioni peritali, sia nelle ipotesi in cui non sia dato termine per la nomina di un consulente di parte, sia infine nelle ipotesi in cui non sia concesso di chiamare il consulente tecnico a chiarimenti<sup>335</sup>.

La posizione della giurisprudenza era condivisa da una parte della dottrina<sup>336</sup>, ma fortemente criticata, anche prima della riforma del 1994, da altri autori<sup>337</sup>. La dottrina più recente, in modo corretto, ha sottolineato con forza come il canone del contraddittorio debba informare l'intero procedimento e, pertanto, anche la fase delle operazioni tecniche<sup>338</sup>. In

---

<sup>335</sup> Cfr. Cass. 29 gennaio 1992, in *Foro It.*, 1992, I, 1385; Cass. 21 settembre 2001, n. 11936, *cit.* Neanche rilievo avrebbe il fatto che il consulente abbia dato solo un breve preavviso per l'inizio delle operazioni, cfr. Coll. arb. Genova 2 dicembre 1993, in *Riv. arb.* 1994, 759 ss., con nota di A. BERLINGUER che "assolve" il collegio arbitrale sulla base del fatto che un termine seppur breve era stato concesso e che le parti non avevano niente obiettato al proposito.

<sup>336</sup> V., per esempio, V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.; L. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1683.

<sup>337</sup> V. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 120-121.

<sup>338</sup> In tal senso vedi, per esempio, F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 30; G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3<sup>a</sup> ed., Milano 2007, III, 5876. E anche chi, come F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto*

particolare, si è messo l'accento sul fatto che il diritto delle parti di interloquire deve essere rispettato durante tutto il corso delle operazioni tecniche e non può ricevere, nel procedimento arbitrale, una tutela inferiore a quella che ottiene nel procedimento di fronte al giudice dello stato<sup>339</sup>. Anche nell'arbitrato, pertanto, da un lato deve essere consentito alle parti di nominare dei consulenti di parte e, dall'altro lato, il consulente d'ufficio deve avvertire le parti non solo dell'inizio delle operazioni, ma anche del loro prosieguo, conformemente a quanto la giurisprudenza ritiene necessario anche per il processo di fronte al giudice statale, senza che possa in proposito richiamarsi la disposizione del (vecchio) art. 829, comma 1, n. 7, dal momento che il meccanismo di sanatoria è relativo esclusivamente alle nullità formali ma non a quelle sostanziali, quale è appunto quella relativa alla violazione del contraddittorio<sup>340</sup>.

Quanto alle modalità concrete di svolgimento del contraddittorio, l'apporto dei tecnici di parte deve essere effettivo, cioè in grado di poter incidere sia sull'opinione del consulente d'ufficio che sulla formazione del convincimento del giudicante. A tal fine è necessaria non solo la partecipazione delle parti (o dei consulenti di parte) alle operazioni peritali, ma anche la verbalizzazione delle operazioni stesse, in modo tale da poter mettere in evidenza eventuali ragioni di dissenso, delle quali il consulente d'ufficio dovrà tenere conto, anche al solo fine di motivare la ragione del proprio disaccordo con esse.

È nell'ottica dell'effettività del principio che va letta l'ultima sentenza edita in materia dalla Cassazione<sup>341</sup>, la quale nega la nullità del lodo in un

---

*dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Milano 2005, 313 ss., sembra astrattamente accettare l'ipotesi della concentrazione del contraddittorio a un momento successivo alla chiusura delle operazioni del consulente d'ufficio, sottolinea come deve essere in ogni caso assicurata «la capacità di condizionare effettivamente gli esiti istruttori ai quali gli arbitri hanno preordinato la consulenza».

<sup>339</sup> G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 7.

<sup>340</sup> ID., *op. loc. cit.* Secondo l'Autore, peraltro, la nullità ha carattere relativo, così che la stessa deve essere rilevata nella prima difesa utile immediatamente successiva al verificarsi del vizio.

<sup>341</sup> Cass. 28 febbraio 2014, n. 4808.

caso di omessa comunicazione al consulente tecnico di parte, già nominato, delle indagini predisposte dal consulente d'ufficio perché il consulente della parte interessata avrebbe potuto essere informato di tali operazioni dal difensore della medesima, regolarmente avvisato.

### **11. Contraddittorio e giuramento decisorio.**

In merito al giuramento decisorio<sup>342</sup>, il rispetto del principio del contraddittorio è un aspetto legato all'attribuzione al giuramento del valore di prova legale capace di definire il giudizio.

Posto, infatti, che gli arbitri non sono vincolati al valore di prova legale del giuramento, attribuirgli la capacità di definire il giudizio è sì nel loro potere, in base al principio di libertà delle forme, ma si deve ritenere, per la particolare incidenza che l'istituto ha nella risoluzione della causa (non

---

<sup>342</sup> sulla cui ammissibilità ed efficacia nell'arbitrato tanto si è scritto. Cfr., *ex multis*, S. SATTA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano, 1971, 278; nel senso dell'infondatezza del rilievo F. DANOVI, *op. ult. cit.*, 35; D. GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1186; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 51; G. BONGIORNO, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, 757 (nota a Coll. arb. 8 aprile 1991); F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 200, ritiene che «la risalente intuizione dell'inammissibilità del giuramento per carenza di sanzione penale non è sostenuta da una esegesi scontata delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 371 e 372 c.p.», ma è lo stesso Autore che dall'esame delle norme penali non può non rilevare che esse si riferiscono ai «giudizi civili» e all'«Autorità giudiziaria». Sembra che dato il principio di tipicità del reato e di legalità dette norme penali non possano essere estese ai giudizi arbitrali. *Contra*, con riferimento all'art. 221 del c.p. allora vigente, G. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 148, il quale ritiene che «le sanzioni per il caso di giuramento falso sono comuni ai giudizi arbitrali»; tra la dottrina contemporanea, nel senso della configurabilità del reato anche nel caso di giuramento reso in sede arbitrale si veda anche D. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 1187; LA CHINA, *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, cit., 172 s., secondo il quale il giuramento è il «segno di una particolare autorità in chi lo può esigere e lo riceve: autorità che l'intero ordinamento riverbera sul singolo, magistrato o funzionario od altro che sia [...]»; ma l'arbitro non gode mai di siffatto tipo di autorità». *Contra* C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 173, secondo il quale i limiti che l'arbitro incontra nello svolgimento dell'istruttoria non discendono dalla carenza di poteri autoritativi. Ampia critica alla tesi dell'inammissibilità del giuramento per mancanza di poteri autoritativi degli arbitri si rinviene in un precedente reso in sede arbitrale, Arb. Roma 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, 1181 con nota di D. GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1185 ss., dove si osserva giustamente che «il problema dell'esercizio *ex officio* di poteri istruttori da parte degli arbitri non riguarda l'*imperium*, ma l'obbligo di imparzialità» (il riferimento diretto è al giuramento suppletorio, ma la pronuncia prende in esame come *obiter dicta* anche il problema dell'ammissibilità del giuramento decisorio).

comune a nessun altro mezzo di prova), che in tal caso ciò debba essere stabilito prima del deferimento, venendo pregiudicato altrimenti il principio del contraddittorio ed il principio di parità delle armi: la parte che deferisce il giuramento, insomma, deve sapere preventivamente se tale strumento avrà valore di prova a tutti gli effetti, liberamente apprezzabile, o sarà un mezzo di definizione della lite<sup>343</sup>.

## **12. Contraddittorio e motivazione.**

In ordine al rapporto tra contraddittorio e motivazione, risultano essere illuminanti le parole di Fazzalari<sup>344</sup>, il quale nella nota in commento alla sentenza Cass. 21 settembre 2001, n. 11936, rileva come i risultati del contraddittorio tra le parti possono essere «disattesi dall'Autore del provvedimento, ma non obliterati», dal che l'Autore ricava una «corrispondenza biunivoca tra contraddittorio e motivazione del provvedimento».

Nel caso di specie, la Cassazione, partendo dal corretto assunto che il giudizio circa l'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova non è incompatibile con il rispetto del principio del contraddittorio, non censura il comportamento di un collegio arbitrale che, a fronte della richiesta di una parte di ammettere una prova testimoniale e di richiamare un consulente tecnico per chiarimenti, rigettava le richieste della parte senza alcuna motivazione, ritenendo la decisione arbitrale come immune da vizi e imputando oltretutto alla parte ricorrente di non aver specificato, sotto il profilo del nesso causale, in che modo l'esperimento dei predetti mezzi avrebbe influito sulla decisione.

---

<sup>343</sup> Sulla natura del giuramento, nel senso che esso non sarebbe un mezzo di prova a un mezzo di definizione della lite, cfr. LUIO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II; nel senso invece che esso sarebbe un mezzo di prova G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006, 152.

<sup>344</sup> E. FAZZALARI, *Contraddittorio e motivazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 687.

Fazzalari, nella nota in commento alla sentenza, sottolinea come il problema si trova a monte, dal momento che il rispetto del contraddittorio avrebbe imposto all'arbitro di motivare il provvedimento di rigetto avverso le richieste istruttorie.



***PARTE TERZA***  
***IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO***  
***IRRITUALE.***

***CAPITOLO 1: L'ARBITRATO "CONTRATTUALE" ALL'INIZIO DEL XX SECOLO: NATURA DELL'ISTITUTO E COLLOCAZIONE SISTEMATICA RISPETTO ALLA DIMENSIONE GIURISDIZIONALE DELL' ATTUAZIONE DEL DIRITTO.***

***Sommario: 1. Introduzione; 2. La sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904; 3. Le ricostruzioni della dottrina favorevole alla validità degli arbitrati contrattuali; 4. Segue. La teoria contrattualistica pura; 5. Opinioni dottrinali contrarie all'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale; 6. La posizione della giurisprudenza.***

***1. Introduzione.***

L'analisi dell'estensione del principio del contraddittorio nell'ambito dell'arbitrato irrituale presuppone una breve disamina delle differenti ricostruzioni che dell'istituto sono state date nel corso degli anni, dal momento che a un differente inquadramento corrisponde una differente disciplina dei principi che lo regolano.

***2. La sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904.***

La validità dei compromessi e dei lodi privati emessi senza il rispetto delle forme previste in tema di arbitrato regolato dal codice di procedura civile è stata riconosciuta, per la prima volta in modo esplicito<sup>345</sup>, da una sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> In verità il fenomeno degli arbitrati non formali cominciò timidamente a diffondersi in Italia già a partire dagli anni immediatamente successivi alla riunificazione e a incrementarsi a partire dagli anni '80 del 1800, in concomitanza con il crescente processo di

La Corte torinese, chiamata a pronunciarsi sull'efficacia giuridica del responso dato da un collegio di probiviri di un'associazione industriale relativo a una controversia tra alcuni membri, ritenne infatti che la stipulazione di un patto finalizzato alla risoluzione di una controversia, previo impegno assunto dalle parti di accettare la decisione e di considerarla tra esse convenuta, non fosse contrario ad alcuna disposizione di legge. I giudici argomentano che «vi sono diverse maniere di risolvere le controversie» e, in particolare, oltre a quella del giudizio di fronte ai magistrati dello Stato e a quella in base a diritto ovvero a equità di fronte agli arbitri secondo le forme del codice di procedura, vi è una terza maniera, ove «non si fa luogo ad un giudizio, ma la risoluzione si ottiene per effetto della concorde volontà delle parti indipendentemente da ogni forma procedurale».

«Se infatti» - continuano i giudici - «è indubbiamente lecito alle parti di risolvere concordemente una controversia, mettendo le basi d'una risoluzione tra loro concordata, perché non potrà essere lecito alle medesime di accettare preventivamente quelle basi che verranno stabilite da un collegio di persone di loro comune fiducia, obbligandosi a considerarle come stabilite convenzionalmente fra di loro? La legge non vieta in guisa alcuna questo consenso anticipato a ciò che venisse da altri stabilito».

La risoluzione della controversia non è, a differenza di quella attuata tramite il patto compromissorio rituale, di tipo giudiziale e, pertanto, «quando le parti scelgono la via del componimento amichevole ancorché per

---

industrializzazione del nostro paese (per un'analisi delle ragioni «strutturali» dell'emergere dell'istituto si rinvia all'approfondita indagine di G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano 1978, in particolare § 2) e a trovare riscontri giurisprudenziali almeno indiretti già prima della citata sentenza della Cassazione torinese. Si vedano, a titolo d'esempio, Cass. Torino 12 ottobre 1893, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 134 ss., per la quale «nessun principio di ordine pubblico si oppone a che le parti, libere in tal caso di regolare come meglio credono i loro particolari rapporti, si rimettano ad un unico mandatario per definire talune divergenze e liquidare i loro conti» ma, soprattutto, App. Milano 15 giugno 1904 (poi confermato da Cass. Torino 27 dicembre 1904, cit. e riportato in *Foro it.*, 1905, I, 366 ss. (in nota) nonché *Mon. trib.*, 1904, 566 ss.), il quale, riformando la sentenza impugnata, affermava la validità, sul piano contrattuale, di una clausola contrattuale rimettente le eventuali controversie sorgenti tra le parti a un collegio di probiviri senza il rispetto delle norme regolanti l'arbitrato rituale.

<sup>346</sup> In *Foro it.*, 1905, I, 366 ss.; *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss., con nota adesiva di P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*.

mezzo di terze persone di comune fiducia, le norme di procedura più non sono applicabili, perché non si fa luogo ad un vero e proprio giudizio contenzioso, e il responso dei probiviri non è una sentenza e non può avere altro valore che quello di una risoluzione contrattuale». Con la conseguenza che, non essendo il responso «una sentenza, e neppure un atto contrattuale ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, non potrebbe servire di titolo esecutivo per poter dar luogo ad esecuzione forzata».

Presupposto di partenza della motivazione della sentenza è la teoria, concordemente condivisa all'inizio del secolo scorso, che attribuisce esclusivamente allo Stato l'attuazione del diritto oggettivo: lo Stato esprime la propria sovranità non solo attraverso il potere legislativo, ma anche attraverso il potere giudiziario, che ne costituisce proseguimento necessario e immancabile corollario. Pertanto l'attuazione del diritto può avvenire esclusivamente attraverso la via giurisdizionale<sup>347</sup>, in forma diretta (attraverso i magistrati dello Stato) ovvero in forma indiretta (cioè attraverso l'arbitrato regolato dal codice, al quale viene comunque riconosciuta la natura di istituto giurisdizionale). In tale ottica, l'ordinamento accettava l'abbandono della via per "naturale" di attuazione del diritto oggettivo a patto del rispetto di una serie di regole previamente fissate dalla legge, relative al patto compromissorio, al procedimento di fronte agli arbitri nonché all'atto conclusivo del giudizio, il lodo, di per sé inidoneo non solo ad avere efficacia esecutiva, ma anche meramente obbligatoria tra le parti, se non depositato nei 5 giorni successivi alla sua emanazione nella cancelleria del pretore, ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, attraverso il quale il lodo veniva a essere pienamente equiparato a una sentenza giudiziale<sup>348</sup>.

Tuttavia la conseguenza di tale pacifico presupposto non è l'impossibilità di risolvere le controversie in modo diverso da quello giurisdizionale, in quanto le parti – in virtù del riconosciuto principio di libertà di cui godono i

---

<sup>347</sup> È questa la tesi, per es., di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, s.d., ripetuta in vari passi della sua opera (v. I, nn. 16, 32, 64, II, n. 10).

<sup>348</sup> v. art. 24 c.p.c. 1865.

cittadini in uno stato di matrice liberale – hanno la possibilità di risolvere le proprie controversie da sole ovvero anche attraverso propri fiduciari, legati alle parti da un rapporto assimilabile al contratto di mandato, i quali, sebbene non possano, neppure mediatamente, pronunciare una sentenza, sono invece legittimati a risolvere contrattualmente il contrasto.

### *3. Le ricostruzioni della dottrina favorevole alla validità degli arbitrati contrattuali.*

La citata sentenza veniva accolta favorevolmente da Bonfante<sup>349</sup>, il quale, annotandola, concordava con i giudici nel considerare validi compromessi e lodi contrattuali, non ostando a tale conclusione l'esistenza dell'arbitrato rituale<sup>276350</sup>. Argomenta infatti che, pur essendo la giurisdizione funzione statuale, ciò non comporta che la funzione logica del giudizio sia a esclusivo appannaggio dello Stato. Quello che spetta in maniera esclusiva allo Stato (anche mediatamente, cioè attraverso gli arbitri rituali, i quali agiscono come privati momentaneamente in veste ufficiale) è il potere di pronunciare sentenze, dotate di forza esecutiva e idonee al passaggio in giudicato, ma non il giudizio, comunque idoneo a essere imperativo tra le parti. Una cosa è la iurisdizione, altra «la funzione del giudicare nel senso di emettere un pronunciato che obbliga»<sup>351</sup>: in relazione a tale ultima funzione, nessun diritto dello Stato viene leso se una controversia viene portata pregiudicata di fronte a un giudice, essendosi le parti previamente accordate per accettare, come se fosse stato da loro emessa, la pronuncia di un terzo.

---

<sup>349</sup> P. BONFANTE, *Dei compromessi* cit.

<sup>350</sup> ID., *op. cit.*, 47: «ma perché il nostro legislatore si è compiaciuto di ordinare un simile istituto nel nostro diritto pubblico si deve ritenere che egli abbia voluto restringere la facoltà di regolare *ad libitum*, nei limiti fatti leciti dal diritto delle obbligazioni, i propri rapporti alla stregua della volontà di un terzo?»

<sup>351</sup> ID., *op. cit.*, 48.

Già prima di Bonfante anche Mortara<sup>352</sup>, sul presupposto dell'esistenza del principio della libertà delle convenzioni, si era pronunciato a favore della libertà di garantire ai privati «la facoltà di deferire le controversie alla decisione di terzi, o per meglio dire, di convenire che la volontà del terzo sarà accettata dalle parti a risoluzione del loro contrasto». Tuttavia l'efficacia attribuita a tale decisione, nell'ottica dell'Autore, sarebbe sostanzialmente nulla. Secondo l'Autore, infatti, pur essendo possibile per la parte vittoriosa richiedere giudizialmente l'adempimento del lodo e il risarcimento dei danni, nel momento in cui è convenuta in giudizio alla parte riluttante a porre in essere quanto stabilito dalla volontà del terzo dovrebbe essere riconosciuta piena libertà di difesa, ossia la possibilità di «rinnovare dinanzi al magistrato la discussione di tutta la controversia», con l'ovvia conclusione che «il compromesso ne sarebbe un inutile, e forse nocivo, episodio». Tale tesi, affermando l'astratta validità della risoluzione contrattuale di una controversia per poi negare qualsiasi concreta efficacia al lodo contrattuale, rimaneva però isolata.

Si esprime in modo favorevole alla validità degli arbitrati senza le forme rituali anche Cogliolo<sup>353</sup>, il quale, annotando la sentenza del Tribunale di Genova 15 giugno 1915<sup>354</sup>, afferma che se le parti non vogliono un lodo con effetti giurisdizionali ma «una decisione con tanti effetti per quanti ne furono preventivamente fissati nel mandato, non vedo perché noi giuristi ci si debba opporre». In tale ottica il compromesso non rituale viene considerato pienamente valido anche quando si tratta di risolvere una controversia (giuridica), dal momento che non contrasta con la sua natura di mandato che i contraenti abbiano opposte pretese, in quanto in questo caso oggetto del

---

<sup>352</sup> V. *Commentario cit.*, II, 42.

<sup>353</sup> P. COGLIOLO, *Arbitrati senza le forme rituali*, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496 ss; Id., *Clausole arbitrali imperfette*, *ibidem*, 1924, II, 102 ss.

<sup>354</sup> Della quale si riporta la massima: «In materia commerciale oltre al vero e proprio compromesso è pienamente valido il mandato a transigere affidato da due o più persone ad un terzo o colla forma di una bianco-segno, o anche con espresso mandato di transigere le controversie insorte tra le parti. Questa forma di transazione è pienamente valida anche senza l'adempimento delle formalità stabilite dal codice di procedura civile per il vero e proprio compromesso».

mandato è la risoluzione, mediante equità o anche attraverso l'applicazione del diritto<sup>355</sup>, di una determinata questione alla quale hanno interesse tutte le parti.

Anche De Semo<sup>356</sup> è favorevole alla validità degli arbitrati contrattuali, inquadrando il rapporto tra le parti e gli arbitri nella figura del mandato (affidato dalle parti collettivamente agli arbitri al fine di definire una controversia) e desumendo dal silenzio del codice in relazione ai lodi contrattuali non la nullità ma l'impossibilità per gli stessi di usufruire degli effetti propri del lodo-sentenza: «il silenzio intorno ai lodi liberi ben potrebbe significare che essi non possono usufruire di cotesti [cioè di quelli propri della funzione giurisdizionale] effetti determinati, e inoltre che i lodi medesimi, insieme col relativo compromesso, germogliano dall'estesissimo campo delle convenzioni».

Più ampia e articolata è stata la posizione espressa da Scialoja<sup>357</sup>, il quale, dopo aver salutato con favore il fenomeno dell'arbitrato contrattuale, si poneva la questione dell'inquadramento delle «controversie giuridiche affidate a giudici privati, senza le forme e il procedimento dell'arbitrato compromissorio». Tale Autore, pur ritenendo che non si possa dubitare della generale validità delle convenzioni dirette a porre in essere un giudizio di un terzo, parte comunque dal presupposto che spetti esclusivamente allo Stato, come corollario del potere legislativo, il potere di pronunciare sentenze e la attuazione del diritto oggettivo (cioè la risoluzione delle controversie giuridiche mediante l'applicazione del diritto). Ciò, tuttavia, non significa che allo Stato spetti anche la risoluzione dei conflitti *tout court*: la legge infatti ammette la possibilità che le controversie siano decise non attraverso l'applicazione del diritto, ma secondo equità. Se, pertanto, l'ordinamento permette alle parti di rinunciare all'applicazione del diritto oggettivo, non c'è motivo per sostenere che il giudizio di equità possa essere espresso soltanto

---

<sup>355</sup> P. COGLIOLO, *Ancora una parola sugli arbitrati non rituali*, ibidem, 1924, I, 237-238.

<sup>356</sup> G. DE SEMO, *Compromesso - "Arbitrium boni viri" - Mandato peritale*, in *Dir. comm.*, 1915, I, 17 ss.

<sup>357</sup> A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496.

da arbitri formali (ponendo capo cioè a un lodo giurisdizionale), in quanto una tale conseguenza costituirebbe un'inammissibile restrizione della libertà delle parti, le quali invece hanno pienamente il diritto di risolvere contrattualmente le loro controversie. L'attività svolta dall'arbitro rituale e dall'arbitro libero, quando giudicano secondo equità, è nella sostanza identica, distinguendosi soltanto per l'efficacia (quella di sentenza, questa di contratto) del prodotto finale.

La ricostruzione offerta da Scaduto<sup>358</sup> distingue nettamente la posizione dell'arbitro, il quale opera nell'ambito del diritto pubblico ed è chiamato a decidere un contrasto, da quella dell'arbitratore, il quale invece opera nel campo del diritto privato e «non emette la sua pronuncia nel dissenso delle parti, ma fissa un elemento nell'accordo delle parti o addirittura concreta l'accordo»<sup>359</sup>. Fissata la predetta distinzione, l'Autore inquadra l'arbitrato contrattuale all'interno della figura dell'arbitraggio<sup>360</sup>: attraverso la stipulazione del compromesso contrattuale le parti eliminano la controversia («nei cosiddetti compromessi irrituali, in quanto si ricorre agli arbitratori, si fa mancare la controversia e quindi la sua risoluzione»<sup>361</sup>), sia essa giuridica o meramente economica, e si accordano al fine della composizione della stessa, nei termini che saranno stabiliti dal terzo<sup>362</sup>.

Nel senso dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale all'interno del contratto di transazione si era pronunciato Calamandrei<sup>363</sup>, secondo il quale

---

<sup>358</sup> G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, estratto dagli *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, 89 ss. Sostanzialmente analoga è la posizione espressa da LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitri* (estratto dagli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, 1931-32, vol. VI), Messina, 1933, 16 ss.

<sup>359</sup> ID., *op. cit.*, 106.

<sup>360</sup> Alla costruzione dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio si richiamano espressamente anche altri autori: v., per es., P. D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti all'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 349.

<sup>361</sup> ID., *op. cit.*, 104.

<sup>362</sup> Occorre, peraltro, sottolineare come, nell'ottica dell'Autore, la determinazione sia effettuata, mediatamente e senza incertezze, dalle parti stesse nel momento in cui affidano al terzo come criterio di risoluzione della controversia l'*arbitrium boni viri* (cd. determinazione astratta, non coincidente con la determinabilità), dal momento che l'applicazione del predetto criterio non ammetterebbe che un'unica determinazione.



quando le parti concludono un compromesso con il quale autorizzano gli arbitri a decidere come amichevoli compositori, implicitamente intendono rinunciare a esigere fino in fondo quello che avrebbero potuto richiedere in caso di applicazione delle norme di diritto: «le parti, invece di determinare esse stesse il contenuto della transazione, affidano a un terzo, che è appunto l'arbitro amichevole compositore, l'ufficio di fissare i termini specifici dell'accordo di volontà genericamente documentato nel compromesso». Calamandrei continua affermando che «questa speciale forma di compromesso si può paragonare a una transazione «in bianco», e l'amichevole compositore, quando riempie, secondo l'incarico avuto dalle parti, ha posizione analoga a quella dell'*arbitrator*, in quanto anch'egli è chiamato a completare un negozio giuridico lasciato volontariamente indeterminato dai contraenti in uno dei suoi elementi»<sup>364</sup>.

Molto simile è la proposta ricostruttiva di Parenzo<sup>365</sup>, il quale parte dall'assunto della disponibilità della tutela giuridica in seno alle parti. Infatti, se è possibile per le parti rinunciare alla tutela giuridica, allo stesso modo deve essere loro riconosciuta la possibilità di rimettersi alla volontà di un terzo al fine di chiedere non una decisione sui loro diritti ma la determinazione dei rapporti che devono formarsi tra le parti stesse a seguito della rinuncia alla tutela giuridica. L'arbitrato contrattuale allora altro non è che un arbitraggio nella transazione e il lodo una pronuncia resa su una controversia che non è più giuridica, bensì economica, proprio in virtù della transazione che ha eliminato la lite: «la transazione compone una controversia giuridica, ma – nell'atto stesso che la compone, e per poterla comporre – le toglie la qualifica di giuridica, riducendola un semplice conflitto di interessi»<sup>366</sup>. Da tale impostazione deriva, da un lato, che l'arbitro contrattuale deve decidere col metro dell'*aliquo dato aliquo retento* (non

---

<sup>363</sup> P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, 252 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 1 ss.

<sup>364</sup> ID., *op. cit.*, 28-29.

<sup>365</sup> E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 130 ss.

<sup>366</sup> ID., *op. cit.*, 143.

potendo cioè accogliere integralmente le pretese di una delle due parti), dall'altro che presupposto dell'arbitrato contrattuale è una rinuncia delle parti alla tutela giuridica delle proprie pretese.

Ancora differente è la ricostruzione effettuata da Ascarelli<sup>367</sup>. Anche tale Autore si muove nell'ambito della teoria giurisdizionalistica, ritenendo che l'arbitro rituale sia un vero e proprio giudice, designato dalle parti e investito dalla legge del potere di determinare il contenuto logico della sentenza. L'arbitratore, invece, si caratterizza per l'attività di tipo costitutivo che pone in essere: egli, sulla base di un potere attribuitogli dalle parti e che le parti stesse potrebbero esercitare, fissa con un proprio atto di volontà – il quale vale immediatamente tra le parti come se fosse stato dalle stesse emanato – il contenuto di un contratto già sussistente. È all'interno di tale ultima figura che deve essere inquadrato l'arbitrato contrattuale, configurandosi come un arbitraggio applicato al negozio di accertamento, cioè al negozio finalizzato ad accertare un rapporto giuridico già esistente tra le parti. L'inquadramento come arbitraggio nel negozio di accertamento (categoria generale, all'interno della quale trova posto anche la transazione) anziché nella transazione si giustifica col fatto che non necessariamente il patto di deferire la controversia agli arbitri contrattuali presupporrebbe l'esistenza di una lite, né sarebbero necessari i requisiti formali e sostanziali (*aliquid datum, aliquid retentum*) richiesti per il contratto di transazione. Pertanto attraverso l'arbitrato contrattuale le parti, incerte sul modo di essere dei loro rapporti, affidano un potere contrattuale di accertare la realtà degli stessi a uno o più terzi, al cui *dictum* le parti si riportano *per relationem*, i quali non saranno chiamati ad applicare norme di diritto ma a effettuare un accertamento negoziale. «Gli arbitratori decidono bensì una controversia giuridica, ma la decidono prescindendo dalla soluzione, di diritto o di equità, approntata dall'ordinamento: la decidono come controversia economica. Essi non dichiarano già quale sia la soluzione approntata, sia pure indirettamente, dal

---

<sup>367</sup> T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205; ID., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. it. la comm.*, 1936, 1 ss., ora in *Studi cit.*, 233 ss.

diritto per quella controversia; essi prescindono da quella soluzione, risolvendo la controversia col porre in essere un nuovo negozio giuridico e ciò in base a un potere che deriva loro direttamente dalle parti e non dall'ordinamento giuridico stesso»<sup>368</sup>.

Riporta l'arbitrato contrattuale alla figura del mandato finalizzato all'accertamento anche Ferrara Santamaria<sup>369</sup>, secondo il quale dal principio di autonomia contrattuale discende la possibilità di affidare a terzi, la cui opera è assunta dalle parti come se fosse fatta dalle parti stesse, la redazione di un negozio di accertamento da sovrapporsi al primo negozio preesistente.

L'Autore sottolinea come il tratto distintivo tra arbitrato rituale e arbitrato contrattuale non sia a livello strutturale, essendo entrambi finalizzati a risolvere una controversia su diritti disponibili, ma effettuale: il lodo rituale, a seguito del decreto del pretore, acquista efficacia esecutiva mentre il lodo contrattuale ha efficacia meramente negoziale.

Andrioli<sup>370</sup> attribuisce al lodo contrattuale la stessa funzione integratrice del contratto che è propria dell'arbitraggio, «perché esso costituisce l'ultimo anello del contratto di accertamento con fattispecie a formazione successiva, nel quale si sostanzia l'arbitrato irrituale»<sup>371</sup>. Pertanto la differenza tra arbitrato rituale, da un lato, e arbitrato contrattuale e arbitraggio, dall'altro, riguarda esclusivamente l'efficacia giuridica.

Riporta invece l'arbitrato contrattuale a un contratto di transazione redatto da un terzo in nome e per conto delle parti (*id est*: arbitraggio nella transazione) Barbareschi<sup>372</sup>. Comune anche a questo Autore è l'idea, già sostenuta da Ascarelli, che la controversia giuridica sia decisa alla stregua di una controversia economica: «la transazione ... è precisamente, a nostro avviso, il mezzo che la legge dà alle parti per trasformare il conflitto di interessi qualificato (lite) in un conflitto di interessi semplice, e così di

---

<sup>368</sup> ID., *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi* cit., 338.

<sup>369</sup> M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli 1937, 134 ss.

<sup>370</sup> V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi*, in *Foro it.*, 1940, I, 814.

<sup>371</sup> ID., *op. cit.*, 815.

<sup>372</sup> L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 247 ss.

comporlo come un contratto, anziché far intervenire il giudice a emanare la decisione»<sup>373</sup>. Pertanto, «nel momento in cui esse [le parti] prendono d'accordo una simile decisione, si può ben dire che la lite ha cessato di esistere, e rimane solo un conflitto economico, nel quale pertanto, se interviene un terzo, questi non solo non interviene, ma non potrebbe nemmeno legittimamente intervenire come vero arbitro; non potrebbe perché andrebbe contro la volontà stessa delle parti, le quali non gli domandano una decisione né giuridica né equitativa, bensì la determinazione del *datum* e del *retentum* (che può anche benissimo chiamarsi il prezzo della reciproca rinuncia alla lite)»<sup>374</sup>.

#### *4. Segue. La teoria contrattualistica pura.*

Fra i sostenitori della validità degli arbitrati contrattuali, una trattazione separata meritano i fautori della teoria cd. contrattualistica pura dell'arbitrato, i quali arrivano ad affermare la validità del fenomeno partendo da una impostazione opposta rispetto a coloro che aderiscono alla teoria cd. giurisdizionalista.

Alfredo Rocco<sup>375</sup>, ponendosi il problema di distinguere il concetto di sentenza da altri ad esso limitrofi, analizza il lodo arbitrale, definito «sentenza» dal codice di procedura e da gran parte della dottrina<sup>376</sup>. L'Autore prende come termine di paragone la costruzione dell'istituto arbitrale ritenuta dogmaticamente più solida, cioè quella di Mortara, e la sottopone a una serrata critica. In particolare, considera una contraddizione in termini che un negozio giuridico privato, qual è quello che si perfeziona con l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, possa dar luogo a un rapporto di diritto pubblico attraverso il conferimento, da parte dello Stato,

---

<sup>373</sup> ID., *op. cit.*, 255.

<sup>374</sup> ID., *op. cit.*, 256

<sup>375</sup> A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 38 ss.

<sup>376</sup> Si vedano gli autori richiamati da A. ROCCO, *op. cit.*, 39, note 2-3.

del potere giurisdizionale agli arbitri. Delle due l'una: o si qualifica come pubblico il rapporto intercorrente tra parti e arbitri e con ciò si giustifica la natura pubblicistica dell'arbitrato, o si considera privata, in quanto derivante da un negozio privato, la funzione esercitata dagli arbitri. Nel caso specifico, essendo pacifico che le parti, nominando gli arbitri e determinando il limite del loro ufficio, non perseguono interessi pubblici ma scopi esclusivamente privati, ne deriva che privati sono le funzioni degli arbitri, i rapporti tra parti e arbitri, la pronuncia da questi ultimi emanata<sup>377</sup>.

Venendo all'inquadramento dogmatico, l'istituto viene riportato alla generale categoria dell'«arbitrio del terzo come elemento di determinazione della volontà privata»: le parti, non riuscendo ad accordarsi sulla composizione dei loro interessi, si accordano però sul modo attraverso il quale la composizione dovrà avvenire, attribuendone a un terzo l'incarico. Le parti, pertanto, emettono «dichiarazioni di volontà a contenuto indeterminato, ma giuridicamente efficaci e vincolanti, perché determinabili nel loro contenuto secondo norme prestabilite e, precisamente, secondo il giudizio emesso da una terza persona a priori determinata o determinabile». Attraverso il compromesso, che altro non è se non una transazione, le parti eliminano l'incertezza sulla portata dei loro diritti (a differenza di quanto avviene per la funzione giurisdizionale, che presuppone l'incertezza) attraverso un atto mediato dalla volontà del terzo anziché immediato.

Tale impostazione, che porta alla pressoché totale identificazione di arbitrato e arbitraggio, sarà alcuni anni dopo ripresa e sviluppata da Satta<sup>378</sup>, il quale, dichiarando la volontà di costruire una teoria dell'arbitrato che sia in grado di abbracciare sia l'arbitrato codicistico che quello contrattuale, riprendeva la teoria del Rocco e, dopo aver dimostrato la natura contrattuale dell'arbitramento (*id est*: arbitraggio), riconduceva a quest'ultimo l'arbitrato con la sussunzione di entrambi gli istituti «sotto il concetto della determinazione da parte del terzo del contenuto della volontà contrattuale».

---

<sup>377</sup> ID., *op. cit.*, 40-42.

<sup>378</sup> S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931.

L'identità di natura non impediva però di distinguere i due istituti in base alla constatazione che la «nota distintiva fra l'arbitramento e l'arbitrato sta precisamente nel conflitto di interessi alla cui risoluzione tanto l'uno come l'altro sono rivolti»<sup>379</sup>. Nel caso dell'arbitraggio il conflitto di interessi è accessorio, cioè assorbito dal conflitto di interessi che sta alla base del contratto principale, mentre nel caso di arbitrato il conflitto è autonomo, essendo rimesso al terzo il potere di costituire il contratto che lo compone. Satta afferma che «nell'un caso si avrà la determinazione di un elemento del rapporto, nell'altro dell'intero rapporto; ma la differenza sarà sempre differenza di gradi, di quantità, non mai di sostanza»<sup>380</sup>.

A differenza di Rocco, però, Satta non ritiene che l'arbitrato possa essere ricondotto alla transazione, in quanto, mentre la transazione è un contratto finalizzato causalmente alla decisione di una controversia e, in quanto tale, presuppone necessariamente l'esistenza di una lite, il patto compromissorio nega l'esistenza della lite. Attraverso il patto compromissorio le parti «vogliono cioè trattare la controversia giuridica come una controversia economica, e risolvere questa così come qualunque altra controversia, con la costituzione di un (nuovo) contratto»<sup>381</sup>. Causa del compromesso è, pertanto, la costituzione di un rapporto attraverso l'arbitrio del terzo, suo fine è la sostituzione del precedente rapporto, suo effetto l'esclusione della lite.

L'affermata natura contrattuale dell'istituto arbitrale in generale ha, come conseguenza, l'affermazione della piena legittimità dell'arbitrato contrattuale al pari di quello rituale, distinguendosi le due figure per la differente efficacia formale del lodo rituale (dotato di imperatività ed esecutività) e di quello contrattuale (dotato di imperatività ma non di esecutività).

---

<sup>379</sup> ID., *op. cit.*, 153-154.

<sup>380</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>381</sup> ID., *op. cit.*, 159-160.

Aderisce esplicitamente alla teoria contrattualistica pura, per la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale, anche Furno<sup>382</sup> il quale parte dalla considerazione che «non esiste, nel nostro diritto positivo, alcuna disposizione la quale proibisca ai cittadini di cercare e di porre in essere un modo di composizione pacifica e amichevole delle lor proprie controversie private»<sup>383</sup> per arrivare a riconoscere piena validità all'arbitrato compromissorio come mezzo per risolvere, senza rilevanza processuale ma esclusivamente materiale, le controversie giuridiche attraverso la decisione di un terzo. Secondo Furno, peraltro, l'arbitrato contrattuale in quanto mezzo di risoluzione delle controversie deve essere tenuto distinto dall'arbitraggio, finalizzato ad accertare o determinare un elemento del contratto già posto in essere dalle parti.

##### *5. Opinioni dottrinali contrarie all'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale.*

Le posizioni degli autori finora analizzate, pur nella differenza delle ricostruzioni, sono accomunate dal dato di considerare come pienamente valido ed efficace il nuovo istituto dell'arbitrato contrattuale nato dalla pratica delle relazioni commerciali e industriali. Tale prospettiva è senza dubbio maggioritaria e destinata a soppiantare le voci contrarie, così che progressivamente non si parlerà più dell' *an* ma esclusivamente del *quomodo* dell'istituto.

Vi furono però degli autori che, soprattutto fino agli anni '30 del '900, negavano la legittimità dell'istituto nel nostro ordinamento.

Il primo Autore che si è dichiarato contrario all'ammissibilità degli arbitrati contrattuali è Sraffa<sup>384</sup>. In esplicita polemica con Bonfante, egli nega

---

<sup>382</sup> C. FURNO, *Sul regime d'impugnazione degli arbitrati liberi* (nota a App. Torino 15 febbraio 1938), in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25 ss.

<sup>383</sup> ID., *op. cit.*, 31.

<sup>384</sup> A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429 ss.

che le parti, portatrici di interessi contrapposti, possano ciascuna da sola risolvere una controversia e pertanto non hanno il potere di conferire un potere di rappresentanza in tal senso a un terzo soggetto<sup>385</sup>. Contro l'ammissibilità degli arbitrati contrattuali, inoltre, depongono per l'Autore, da un lato, la mancanza di ogni esplicita previsione di compromessi e lodi contrattuali e, d'altro lato, l'espressa previsione da parte dell'ordinamento che sia possibile evitare di ricorrere all'autorità giudiziaria solo nei limiti e alle condizioni previsti nel codice di procedura civile, con l'esplicita negazione che, al di fuori di tale ultima ipotesi, sia altrimenti possibile dirimere una controversia da parte di un privato.

Anche Galgano<sup>386</sup>, postosi il problema dell'ammissibilità della decisione di una controversia da parte di un terzo che non rivesta la funzione né di giudice né di arbitro (rituale), sulla base di un incarico ricevuto dalle parti (*id est*: mandato a decidere), rispondeva negativamente, in quanto, da un lato, non sarebbe possibile stabilire in nome e per conto di quale delle parti agirebbe e, d'altro lato, si avrebbe un mandatario con rappresentanza la cui attività non avrebbe mai effetti nei confronti dello stesso ma esclusivamente nei confronti dei mandanti. La non ammissibilità di un mandato a decidere non comporta, tuttavia, che le parti non possano validamente demandare a terzi l'obbligo di effettuare una conciliazione o una transazione in quanto, in questi ultimi casi, ai terzi non spetterebbe decidere una controversia: «se, sorta una controversia tra due parti, queste, in un momento qualsiasi, vengono nella determinazione di conciliarsi o di transigere la lite, nello stesso momento e per il semplice fatto della avvenuta determinazione volitiva la controversia è eliminata». Così impostato il problema, per stabilire l'ammissibilità degli arbitrati contrattuali occorre di volta in volta analizzare

---

<sup>385</sup> ID., *op. cit.*, 429 : «nel caso dell'arbitrato libero si avrebbe una rappresentanza contraddittoria, cioè la rappresentanza, in una persona, di due parti fra cui sorge una opposizione di interessi o di vedute, opposizione che il rappresentante sarebbe chiamato a togliere di mezzo».

<sup>386</sup> GALGANO, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Riv. crit. dir. giur.*, 1910-1911, VIII-IX, 95 ss.



la volontà dei compromittenti: se questi ultimi hanno manifestato la volontà di conciliarsi e transigere (superando in tal modo la lite), non vi sono ragioni per negare la validità di simili convinzioni finalizzate ad attribuire al terzo il potere di effettuare quella determinazione che le parti non vogliono o non possono fare; se invece l'oggetto della convenzione è la risoluzione di una controversia, la stessa deve considerarsi invalida in quanto costituirebbe un mandato a decidere e, nello stesso tempo, una frode alla legge, che richiede per la decisione di una controversia da parte di terzi il rispetto delle formalità stabilite dal codice di procedura civile.

Anche Grego<sup>387</sup> si esprime nel senso della illegittimità dei compromessi e degli arbitrati contrattuali. Secondo l'Autore, esistendo una perfetta coincidenza tra i cosiddetti compromessi irrituali e i compromessi arbitrali di cui al codice di procedura civile, non può che applicarsi ai primi la disciplina dei secondi, i quali, quanto alla disciplina formale, sono accomunati agli arbitrati di diritto. Con la conseguenza della nullità di compromessi e lodi contrattuali in caso di mancato rispetto delle forme richieste dal codice di procedura civile per la validità del compromesso.

Più articolata la posizione espressa da Carnelutti<sup>388</sup>, il quale aderiva pienamente alla teoria giurisdizionalistica dell'arbitrato rituale. L'Autore prende le mosse dalla configurazione della figura dell'arbitraggio come modo di risoluzione di controversie economiche. L'*arbitrator*, allo stesso modo del magistrato e dell'*arbiter*, è un giudice che decide con la propria volontà un contrasto la cui esistenza è necessaria, dal momento che se le parti fossero pienamente d'accordo su ciascun aspetto del rapporto provvederebbero autonomamente alla determinazione. Se, pertanto, sia l'*arbiter* che l'*arbitrator* sono accomunati dal fatto di essere giudici, di dirimere una controversia con la propria volontà, il tratto distintivo deve essere ricercato nel tipo di controversia che sono chiamati a dirimere: giuridica, nel caso

---

<sup>387</sup> E. GREGO, *Sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, in *Dir. comm.*, 1918, II, 97 ss.; ID., *Ancora sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, *ibidem*, 1919, II, 419 ss.

<sup>388</sup> F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 439 ss.

dell'arbitrato rituale<sup>389</sup>; economica, nel caso dell'arbitraggio<sup>390</sup>. Se è questa la cornice all'interno della quale deve essere inquadrato anche l'arbitrato contrattuale, la scelta dell'Autore propende per assimilare l'istituto all'arbitraggio piuttosto che all'arbitrato rituale. Infatti, nel momento in cui si tratta di risolvere una controversia giuridica entra in gioco l'attuazione del diritto oggettivo, che spetta esclusivamente al giudice ovvero all'arbitro rituale nel rispetto dei limiti e delle forme prescritti dal codice di procedura civile. Se, pertanto, si riconducesse l'arbitrato contrattuale all'arbitrato rituale, anziché all'arbitraggio, lo si condannerebbe inesorabilmente all'invalidità, proprio perché l'arbitrato contrattuale è privo delle forme richieste per quello rituale (le quali sono necessarie per attribuire al lodo non l'esecutività, ma la stessa imperatività).

Il nocciolo della tesi sostenuta dall'Autore sarà in seguito sviluppato in un successivo saggio<sup>391</sup>, nel quale egli precisa la propria teoria criticando le posizioni espresse da Scialoja e da Scaduto.

In polemica con Scialoja<sup>392</sup>, Carnelutti ribadisce che il criterio di distinzione non deve essere ricercato nel mezzo (equità o diritto) di risoluzione della lite, ma nella natura della stessa (conflitto di interessi semplice o lite). «L'arbitratore» - precisa Carnelutti - «è un giudice che trae dalla volontà delle parti non solo la designazione, ma la stessa ragione del suo potere; l'arbitro è designato dalle parti perché eserciti un ufficio, che lo Stato gli conferisce. L'arbitratore è libero, perché la materia del suo giudizio è dominata esclusivamente dalla volontà delle parti; l'arbitro no perché egli sostituisce il giudice ordinario. L'arbitratore non ha e l'arbitro ha

---

<sup>389</sup> Secondo l'Autore, peraltro, il tratto veramente distintivo è che l'*arbitrator* non possa dirimere una controversia giuridica, mentre sia l'arbitro che il giudice hanno il potere, oltre che di dirimere controversie giuridiche, anche le controversie economiche.

<sup>390</sup> ID., *op. cit.*, 402: «l'*arbitrator* viene chiamato a giudicare sulla *res pacifica*, nel senso che niuno dei contendenti qui pretende alla protezione del diritto, mentre essi chiedono soltanto di comporre il conflitto dei loro interessi mediante la costituzione o il completamento di un (nuovo) rapporto»

<sup>391</sup> ID., *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 121 ss.

<sup>392</sup> <sup>318</sup> Il quale, lo si ricorda, affermava la validità dell'arbitrato contrattuale come mezzo di risoluzione di controversie giuridiche attraverso un giudizio equitativo.

giurisdizione, perché il potere di questo e non di quello procede dalla legge, anziché dalla volontà delle parti. L'elemento caratteristico della giurisdizione non è la decisione secondo il diritto, ma la decisione della lite»<sup>393</sup>. In polemica con Scaduto, Carnelutti considera una *fictio iuris* che le parti, con la stipulazione del compromesso, determinino astrattamente la prestazione fissandola nei suoi elementi concreti ed eliminando in tal modo la lite. Se, infatti, le parti sono d'accordo su un contrasto insorto, provvederanno autonomamente a risolverlo, senza necessità di rivolgersi a un terzo. Solo se non sono d'accordo avranno la possibilità di rivolgersi a un terzo, il quale, se la controversia è giuridica, dovrà necessariamente essere un giudice o un arbitro rituale, se la controversia è economica, un arbitratore.

Le tesi di Carnelutti saranno alcuni anni dopo riprese da Liebman<sup>394</sup> il quale, sposando la distinzione tra controversie economiche e giuridiche, nega la validità degli arbitrati contrattuali perché si risolverebbero in un'inammissibile rinuncia al diritto di azione non connessa alla rinuncia alla pretesa.

Secondo Betti<sup>395</sup>, invece, attraverso il riconoscimento della validità dell'arbitrato contrattuale su controversie giuridiche si permetterebbe alla parte di frodare la legge, la quale, al di fuori della giurisdizione, permette la risoluzione delle predette controversie esclusivamente attraverso quei mezzi, sostanziali (transazione e componimento) ovvero processuali (arbitrato rituale), dalla stessa regolati.

Sempre contro l'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale si pronunciavano altri commentatori, tra i quali Lessona<sup>396</sup>, Caliendo<sup>397</sup> e Di Blasi<sup>398</sup>.

---

<sup>393</sup> ID., *op. ult. cit.*, 126.

<sup>394</sup> E.T. LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 89 ss.

<sup>395</sup> E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2a ed., Roma 1936, 42-43.

<sup>396</sup> S. LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti compromessi irrituali*, in *Foro it.*, 1926, I, 1065 ss., secondo il quale, essendo l'oggetto della convenzione stipulata attraverso il compromesso contrattuale la risoluzione di una controversia e non l'integrazione di una volontà incompleta, è compito esclusivo dello Stato la dichiarazione della volontà della legge.

<sup>397</sup> L. CALIENDO, *In tema di arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52 ss., il quale ritiene che la possibilità per le parti di rimettere a un terzo la soluzione di un conflitto

## *6. La posizione della giurisprudenza.*

Se, come visto, la dottrina maggioritaria si esprimeva a favore della legittimità dell'arbitrato contrattuale, altrettanto si può dire per quanto riguarda la giurisprudenza la quale, salvo rare eccezioni, mostrava certamente minori oscillazioni nell'affermare la validità e l'obbligatorietà dei lodi scaturenti da arbitrati contrattuali.

A titolo di esempio, tra le pronunce che hanno invece affermato l'invalidità degli arbitrati contrattuali, si può menzionare Cass. Napoli 19 novembre 1921<sup>399</sup>, la quale nega che le parti possano deferire la decisione di una controversia a terze persone in assenza dell'obbligo di rispettare le norme previste dal codice di procedura civile per l'arbitrato rituale. Secondo la Corte napoletana, infatti, il rispetto di tali norme è previsto dalla legge a tutela e degli interessi delle parti e della amministrazione della giustizia e non è mai possibile ricercare una supposta volontà delle parti finalizzata alla creazione o al completamento di un contratto piuttosto che all'emanazione di una sentenza, dal momento che, ogni volta in cui sussiste una controversia, l'atto che la decide è sempre giurisdizionale. Né, in senso contrario, è possibile richiamare il principio del rispetto della libera volontà delle parti, dal momento che tale principio incontra una deroga nell'espressa previsione, da parte della legge, delle forme attraverso le quali debbono svolgersi i procedimenti arbitrali.

In senso analogo alcune altre pronunce<sup>400</sup>.

La grande maggioranza delle sentenze, però, affermava la validità degli arbitrati contrattuali, sebbene sulla base di argomentazioni e attraverso una

---

giuridico presupponga il rispetto della norme stabilite dalla legge, con la conseguente invalidità degli arbitrati contrattuali.

<sup>398</sup> F. U. DI BLASI, *L'arbitrato nel diritto processuale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 692 ss., il quale, ritenendo, sulla scorta della teoria di Carnelutti, che giudice e arbitro rituale siano accomunati dal fatto di esercitare la funzione giurisdizionale, negava che fosse possibile risolvere una controversia giuridica attraverso modalità differenti da quelle ricordate.

<sup>399</sup> In *Foro it.*, 1925, I, 250.

<sup>400</sup> V., per esempio, App. Bologna 28 aprile 1924, in *Dir. comm.*, 1924, II, 97; App. Venezia 20 maggio 1924, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 54; App. Palermo 1° maggio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 640 (per il quale l'arbitrato contrattuale è possibile solo in caso di controversie economiche e non giuridiche).

terminologia non sempre limpide e univoche. Tale tendenza, manifestatasi in modo chiaro già negli anni immediatamente successivi alla ricordata sentenza della Cassazione torinese del 1904<sup>401</sup>, si mantenne e si consolò anche successivamente alla unificazione della Corte di Cassazione.

Infatti, la prima sentenza emessa sul tema dalla Cassazione del Regno<sup>402</sup>, dopo aver accertato che le parti «avevano affidato a comuni fiduciari di porre in essere un atto da valere quale regolamento convenzionale della vertenza valido ed obbligatorio come se fosse stato direttamente dalle parti stabilito», ne afferma la validità, in quanto «conforme al principio della libertà di contrattare limitata solo da specifici divieti di legge e dall'obbligo di non offendere l'ordine pubblico o il buon costume». «È evidente» continua la Corte «che una siffatta pattuizione non importa la costituzione di un giudizio contenzioso, sia pur sotto la forma straordinaria regolata nel capo 2° del titolo preliminare del codice di procedura civile [del 1865: *id est*, nella forma dell'arbitrato rituale] e che la soluzione, adottata dai fiduciari o mandatari delle parti, non ha il valore di una sentenza. Essa sarà una soluzione contrattuale, contro cui non varranno eccezioni di mancanza di formalità procedurali previste dal suaccennato capo del codice di procedura civile e che non potrà essere munita di esecutorietà con semplice decreto del pretore a forma dell'art. 24 cod. proc. civ., ma dovrà, in caso che una delle parti si rifiuti di osservarla, essere sottoposta, come una convenzione qualsiasi, al magistrato ordinario perché conosca e statuisca circa l'obbligo del riluttante a osservarla».

---

<sup>401</sup> Si vedano, nel senso dell'ammissibilità degli arbitrati contrattuali, *ex pluribus*: Cass. Torino 22 novembre 1909, in *Foro it.*, 1910, I, 301; Trib. Genova 15 giugno 1915, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496; App. Genova 4 marzo 1918, in *Dir. comm.*, 1918, II, 95; Cass. Torino 2 maggio 1919, in *Dir. comm.*, 1919, II, 415; Trib. Genova, 18-26 luglio 1922, in *Dir. comm.*, 1923, II, 27; App. Genova 27 giugno 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 2, 608; *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52.

<sup>402</sup> Cass. 8 aprile 1926, in *Foro it.*, 1926, I, 795; *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 88.

Tale primo *arrêt* della Cassazione unita e le numerose successive pronunce emesse dalla stessa Suprema Corte<sup>403</sup> ovvero dai giudici di merito ribadivano alcuni punti fermi.

Anzitutto si consolida l'ammissibilità del fenomeno degli arbitrati contrattuali sulla base del generale principio della libertà delle convenzioni, che può essere limitata esclusivamente da specifici divieti di legge e dall'obbligo di non offendere l'ordine pubblico e il buon costume (limiti ritenuti, nel caso specifico, evidentemente insussistenti), e la riconducibilità del rapporto instauratosi tra le parti e gli arbitri alla figura del mandato<sup>404</sup>, conferito collettivamente da tutte le parti a tutti gli arbitri.

Diventa un punto fermo anche la possibilità di affidare agli arbitrati contrattuali non soltanto la definizione di un elemento del rapporto lasciato indefinito dalle parti o una controversia di tipo economico (nel qual caso si deve parlare, più propriamente, di arbitraggio anziché di arbitrato<sup>405</sup>), ma anche una controversia di tipo giuridico<sup>406 407</sup>, decidibile non solo in via equitativa ma anche attraverso l'applicazione del diritto<sup>408</sup>.

Altro punto su cui la giurisprudenza si pronuncia è quello della valenza contrattuale della pronuncia degli arbitri, i quali attraverso il lodo

---

<sup>403</sup> V., per es., Cass. 24 luglio 1926, in *Foro it.*, 1926, I, 1065; *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 88; Cass. 10 luglio 1930, in *Foro it.*, I, 1145.

<sup>404</sup> Sebbene non sempre la figura del mandato sia richiamata in modo uniforme; si vedano a tal proposito le osservazioni di T. CARNACINI – M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 701-702.

<sup>405</sup> V. Cass. 7 agosto 1935, in *Giur. it.*, 1935, I, 1, 1106; Cass. 4 aprile 1938, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 577; Cass. 13 agosto 1941, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 22.

<sup>406</sup> V., per es., Cass. 10 luglio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1145; Cass. 18 maggio 1932, in *Mon. trib.*, 1933, 249; Cass. 25 maggio 1934, n. 1789, in *Rep. Giur. it.*, 1934, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 36; Cass. 12 gennaio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 346; Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, in *Mass. Giur. it.*, 1937, 883. *Contra*, nel senso che l'arbitrato contrattuale mira a risolvere controversie giuridiche ma non economiche: Trib. Trieste, 18 marzo 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 2, 294.

<sup>407</sup> Proprio in virtù della finalità di risoluzione di una controversia viene espressamente affermata, da parte di alcune sentenze, l'analogia di contenuto tra arbitrato contrattuale e arbitrato rituale: v. Cass. 10 giugno 1938, n. 1996, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; App. Bologna 19 gennaio 1942, *ibidem*, 1942, n. 16-17; App. Bologna 31 maggio 1942, *ibidem*, 1943-1945, n. 5.

<sup>408</sup> V., per es., Cass. 23 novembre 1934, n. 3373, *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 43; Cass. 9 dicembre 1935, n. 3597, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Arbitrato irrituale*, n. 13.

manifestano indirettamente la volontà dei compromittenti e pongono in essere un negozio giuridico valido tra le parti in virtù dell'obbligo dalle stesse preventivamente assunto di rispettare la convenzione. Conseguenza della ricordata natura della pronuncia è che la decisione degli arbitri non sarà impugnabile nelle stesse forme del lodo rituale, ma esclusivamente attraverso impugnative e motivi di invalidità di tipo contrattuale: per incapacità degli arbitri, per un vizio di volontà degli stessi (errore, violenza, dolo), per eccesso rispetto ai limiti stabiliti nel contratto di mandato o per estinzione dello stesso<sup>409</sup>. Residua, comunque, la possibilità per ciascuna delle parti di richiedere al giudice ordinario non il riesame del merito della controversia ma la condanna della parte soccombente ad adempiere a quanto stabilito dal lodo contrattuale<sup>410</sup>.

Quanto alla motivazione del lodo, la sufficienza di una motivazione sommaria<sup>411</sup> al fine della validità del lodo emesso da arbitri contrattuali è sostenuta dalla maggioranza della giurisprudenza. Vi sono, peraltro, sentenze che negano che l'arbitro contrattuale, al pari dell'arbitratore, sia tenuto a motivare la sua decisione, salvo espressa volontà in senso contrario contenuta nel contratto di mandato<sup>412</sup>.

Maggiore incertezza si riscontra invece in relazione alla qualificazione dell'attività posta in essere dagli arbitri contrattuali. Nella maggioranza dei

---

<sup>409</sup> È praticamente unanime la giurisprudenza nell'affermare l'impugnabilità dei lodi contrattuali per vizi della volontà degli arbitri ovvero per eccesso dai limiti del mandato o sua estinzione. Più incerta, invece, la possibilità di impugnare il lodo per manifesta iniquità dello stesso: in senso positivo Trib. Milano 7 febbraio 1929, in *Dir. comm.*, II, 188; App. Brescia 7 febbraio 1934, in *Mon. trib.*, 1934, 308; *Corti reg.*, 1935, 53 App. Trieste 28 luglio 1937, in *Foro it.*, I, 1080. Nettamente maggioritaria, però, la giurisprudenza che ritiene non impugnabile per iniquità la decisione di un arbitro contrattuale: v. Cass. 7 agosto 1935, n. 3379, in *Foro it.*, 1936, I, 204; Cass. 11 maggio 1936, n. 1580, in *Mass. Foro it.*, 304; App. Milano 18 maggio 1937, in *Rep. Foro it.*, 1937, voce *Arbitrato irrituale*, n. 28; Cass. 4 giugno 1937, n. 1788, in *Foro it.*, 1937, I, 1079; Cass. 16 dicembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *arbitrato irrituale*, n. 26.

<sup>410</sup> V., per es., Cass. 17 marzo 1930, n. 2720, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Arbitrato irrituale*, n. 15; Cass. 7 dicembre 1931, n. 3856, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; App. Milano 3 dicembre 1935, in *Foro lomb.*, 1935, 350.

<sup>411</sup> V. App. Torino 13 luglio 1932, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *arbitrato irrituale*, 1932, n. 5; Cass. 17 gennaio 1939, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Arbitrato irrituale*, n. 32; Cass. 10 maggio 1940, *ibidem*, 1940, n. 9; Trib. Busto Arsizio 2 maggio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 1181.

<sup>412</sup> V., per es., Cass. 26 marzo 1930, in *Foro it.*, I, 558; Cass. 10 luglio 1930, *ibidem*, 1145.

casi le sentenze omettono di dare precise definizioni, limitandosi ad affermare che l'arbitro contrattuale provvede a comporre la controversia amichevolmente e senza formalità di procedura. Vi sono, però, pronunce che definiscono espressamente gli arbitri contrattuali come arbitratori, chiamati a svolgere la propria funzione successivamente al perfezionamento tra le parti di un contratto di transazione<sup>413</sup> ovvero di accertamento<sup>414</sup>, pur sottolineando l'esistenza di almeno due differenze tra arbitrato contrattuale e arbitraggio, dal momento che il primo – come l'arbitrato rituale – presuppone la risoluzione di una controversia, mentre il secondo è finalizzato alla determinazione dell'elemento di un contratto non definito direttamente dalle parti<sup>415</sup>; residuando solo per l'arbitraggio – e non per l'arbitrato contrattuale – l'impugnazione per manifesta iniquità della pronuncia del terzo<sup>416</sup>.

Un dato tuttavia sembra emergere con chiarezza: non solo in nessuna sentenza viene dichiarato l'annullamento di un lodo contrattuale per violazione del principio del contraddittorio ma, più in generale, non si trova nelle pronunce della giurisprudenza neppure astrattamente prospettata la questione dell'annullabilità del lodo per tale motivo, essendo anzi costantemente affermato che l'arbitro contrattuale provvede a comporre la controversia senza formalità di procedura e che, contro il lodo contrattuale, non varranno eccezioni di mancanza di formalità procedurali.

---

<sup>413</sup> Si rifanno all'arbitraggio nella transazione, *ex multis*: App. Genova 11 febbraio 1927, in *Mon. trib.*, 1928, 212; Trib. Milano 7 febbraio 1929, cit.; App. Torino 13 luglio 1932, cit.; Cass. 11 marzo 1932, in *Dir. comm.*, II, 232; Cass. 17 luglio 1934, *Rep. Foro it.*, 1934, voce *Arbitrato irrituale*, n. 20; App. Milano 25 gennaio 1936, in *Giur. it.*, 1935, I, 2, 575; Cass. 3 luglio 1936, n. 2336, in *Mass. Foro it.*, 1936, 468; Cass. 10 maggio 1940, in *Rep. Foro it.*, 1940, voce *arbitrato irrituale*, n. 10; App. Milano 24 ottobre 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *arbitrato irrituale*, n. 13; ma vedi già Cass. Torino 2 maggio 1919, in *Dir. comm.*, 1919, 415.

<sup>414</sup> V. Cass. 14 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 100.

<sup>415</sup> V. Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, cit.; App. Torino 15 febbraio 1938, in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25; Cass. 4 aprile 1938, cit.

<sup>416</sup> V. Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, cit., in base alla quale «l'arbitraggio, mentre coincide nel regolamento giuridico con l'arbitrato irrituale, per quanto ha tratto alla procedura e alle forme, se ne distingue in senso sostanziale soprattutto perché a suo riguardo soltanto è ammessa l'impugnabilità per iniquità manifesta, tendente a ristabilire l'equilibrio fra le controprestazioni, che possa esser stato alterato dall'arbitratore nella determinazione degli elementi contrattuali a lui demandati».



**CAPITOLO 2: ARBITRATO CONTRATTUALE E CONTRADDITTORIO COME  
“CANONE SOSTANZIALE” DI ERMENEUTICA NEGOZIALE.**

**Sommario:** *1. L'intervento del legislatore del 1942; 2. La posizione della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942: la tesi dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento; 3. Segue. Valutazioni della dottrina che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria dell'arbitrato, non concorda con l'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio nella transazione; 4. La posizione della giurisprudenza: le prime sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito dell'arbitrato contrattuale.*

**1. L'intervento del legislatore del 1942.**

Il legislatore del 1942, pur non provvedendo a disciplinare espressamente l'arbitrato contrattuale nel nuovo codice di procedura civile<sup>417</sup>, ne riconobbe indirettamente la validità attraverso l'art. 619 cod. nav., il quale prevede che «gli interessati possono, mediante stipulazione di chirografo di avaria, far decidere da arbitri le cause relative alla formazione del regolamento contributorio. Al chirografo e al regolamento si applicano in tal caso le norme del codice di procedura civile riguardanti l'arbitrato, se gli interessati intendono che al regolamento venga dal pretore competente

---

<sup>417</sup> La circostanza che il legislatore del 1942 non abbia, nel codice di procedura civile, espressamente regolamentato l'arbitrato contrattuale, non ha fatto mettere in dubbio la legittimità dell'istituto: v. Cass. 24 luglio 1945, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 122, in base alla quale «la legittimità del cosiddetto arbitrato irrituale, già riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto l'impero dell'abrogato codice, non è esclusa né limitata dal silenzio che il nuovo ha pur serbato al riguardo».

conferita efficacia di sentenza, e di ciò fanno espressa dichiarazione nel chirografo».

La disposizione dell'art. 619 cod. nav. venne introdotta dopo che, nel corso dei primi anni del '900, si era verificata una profonda incertezza in relazione all'inquadramento dogmatico della figura del chirografo d'avaria<sup>418</sup>. A sciogliere ogni riserva, il legislatore inquadrò chiaramente il chirografo come un vero e proprio compromesso di natura contrattuale, salva la possibilità per le parti di optare *expressis verbis* per un compromesso e un arbitrato rituali secondo le norme del codice di procedura civile<sup>419</sup>.

*2. La posizione della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942: la tesi dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento.*

Anche nella vigenza del codice di procedura civile del 1942, pur essendo ormai unanime la convinzione di dottrina e giurisprudenza circa la validità del fenomeno arbitrale contrattuale, non si sopiva la polemica intorno alla natura dell'istituto. Prima che, a partire dalla fine degli anni '60 del '900, si sviluppasse e divenisse dominante la teoria cd. unitaria del fenomeno arbitrale<sup>420</sup>, fu ripresa (ed è ancora attualmente fatta propria da alcuni autori) la teoria, già sostenuta, in particolare, da Calamandrei e da Parenzo, che interpreta l'arbitrato contrattuale attraverso la figura dell'arbitraggio

---

<sup>418</sup> Per una breve panoramica delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, in tema di chirografo d'avaria, antecedenti alla codificazione del 1942, v., se vuoi, E. BERNINI, *L'arbitrato nel diritto marittimo*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino 2005, 588 ss.

<sup>419</sup> Molto chiara, in tal senso, la *Relazione al codice della navigazione* (n. 402): «Gli interessati possono far capo sia alle regole dell'arbitrato rituale, sia a quelle dell'arbitrato libero, ma se prescelgono la prima alternativa debbono dichiarare espressamente nel chirografo la loro intenzione diretta a che il Pretore competente conferisca al regolamento efficacia di sentenza: la discriminazione fra le due forme di chirografi è, dunque, data dalla intenzione espressa delle parti». Nel senso che l'art. 619 cod. nav. preveda la possibilità di scegliere tra arbitrato rituale e contrattuale si pronuncia anche la dottrina: v., per esempio, V. ANDRIOLI, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 125; ID., *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292 ss.

<sup>420</sup> Sulla quale vedi *ultra*.

applicato alla transazione. Le opinioni degli autori che aderiscono alla descritta impostazione, muovendo dal medesimo punto di partenza, finiscono sempre per svilire, seppur con accenti diversi, il ruolo del contraddittorio all'interno dell'arbitrato contrattuale (e dell'obbligo di motivazione del lodo, che con il primo fa da *pendant*).

Nell'immediato secondo dopoguerra riprende la tesi dell'arbitraggio nella transazione anzitutto Furno<sup>421</sup>, secondo il quale arbitrato contrattuale e arbitraggio – accomunati dal fatto che l'attività del terzo è di contenuto non volitivo (essendo l'unica volontà effettivamente rilevante quella espressa dalle parti) ma meramente logico e conoscitivo, cioè un giudizio – possono essere distinti sulla base del tipo di incarico affidato dalle parti al terzo: in caso di arbitraggio, le parti affidano al terzo l'incarico di determinare un elemento di un contratto già concluso tra le parti ma non ancora perfetto; in caso di arbitrato contrattuale, invece, il terzo è chiamato a decidere su una controversia insorta tra le parti, relativa a un contratto già concluso e perfetto, in via di accomodamento transattivo<sup>422</sup>. L'arbitrato contrattuale risulta così essere «una *species* limitata e peculiare del *genus* arbitraggio: precisamente un arbitraggio applicato alla transazione, un arbitraggio in funzione di una transazione. Esso consiste nella determinazione ad opera di un terzo delle prestazioni (concessioni) reciproche di un contratto di transazione»<sup>423</sup>. Pertanto, in caso di arbitrato contrattuale, sono presupposti due rapporti contrattuali: un primo già perfetto e concluso e in relazione al quale sorge la controversia, e un secondo, di natura transattiva, già concluso anch'esso ma incompleto ("in bianco"), da riempire a opera del terzo.

---

<sup>421</sup> C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.

<sup>422</sup> «Tale arbitrato si configura in ogni caso come un arbitraggio applicato tipicamente e specificamente ad un negozio transattivo, che le parti sono disposte a concludere, ma per la cui effettiva e definitiva conclusione ricorrono all'opera di determinazione di un terzo o di un collegio di terzi». ID., *op. cit.*, 165.

<sup>423</sup> ID., *op. cit.*, 165-166.

Tale Autore non affronta direttamente il problema dell'applicabilità o meno del canone del contraddittorio. È tuttavia agevole dedurre che, all'interno di una tale costruzione, il contraddittorio potrà al massimo essere considerato come mezzo attraverso il quale portare alla conoscenza degli arbitri gli elementi necessari per poter in concreto porre in essere la transazione, ma non come canone processuale dotato di autonoma rilevanza.

Analoga posizione è espressa da Vecchione<sup>424</sup>, il quale distingue sia l'arbitrato rituale (interpretato come modo di decisione delle controversie, da parte di soggetti privati, con le forme proprie dell'esercizio dei poteri giurisdizionali) sia l'arbitraggio (che è un modo di far stabilire a un terzo un elemento di un contratto non ancora perfezionato) dall'arbitrato contrattuale, che è un modo di far definire in via transattiva una controversia relativa a un rapporto giuridico perfetto, cioè un arbitraggio nella transazione. Più precisamente, attraverso il compromesso contrattuale (che altro non è se non una transazione in bianco) la controversia giuridica degrada a controversia economica che gli arbitri decidono attraverso l'*arbitrium merum*, esprimendo non la propria volontà ma quella – in via mediata – delle parti stesse.

Quanto allo spazio che residua al principio del contraddittorio, secondo Vecchione «non solo il compromesso improprio, ma la stessa concreta attuazione dell'arbitrato irrituale non sono soggetti all'osservanza di altre forme che non siano quelle del negozio. Non essendo, cioè, richiesta l'osservanza delle norme che disciplinano il procedimento arbitrale (artt. 816-826 cod. proc. civ.), gli arbitri potranno procedere a preparare, formulare e documentare la loro risoluzione nel modo che riterranno più

---

<sup>424</sup> V. R. VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio* (nota ad App. Milano 24 marzo 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 405; ID., *Arbitrato irrituale - eccesso dai limiti del mandato* (nota a Trib. Crema 29 maggio 1954), ivi, 1955, I, 823; ID., *Gli arbitri amichevoli compositori, la rinuncia al deposito e alle impugnazioni e l'arbitrato irrituale* (nota ad App. Brescia 21 dicembre 1955), ivi, 1956, I, 189; ID., *Il biancosegno nell'arbitrato irrituale* (nota ad App. Bologna 8 maggio 1952), in *Temì*, 1953, 7; ID., *Lodo per biancosegno e pronuncia fuori dei limiti del compromesso* (nota ad App. Venezia 2 maggio 1955), in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 1059; ID., *Qualche passo indietro in tema di arbitrato libero* (nota a Cass. Brescia 26 gennaio 1956, n. 230), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 661; ID., *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Milano 1971.

opportuno»<sup>425</sup>. Ne consegue che, pur avendo gli arbitri l'obbligo di rendersi conto dei termini della controversia ai fini della sua definizione, «potranno consentire alle parti di presentare memorie, ma non ne avranno l'obbligo e potranno validamente pronunciare senza assegnare termini alle parti per procedere a queste od altre operazioni. Investiti di un mandato che devono esplicitare in un campo puramente contrattuale, essi non sono legati né all'osservanza di forme, né al rispetto di termini»<sup>426</sup>. Sempre in ragione della natura negoziale dell'arbitrato contrattuale è da ritenere che gli arbitri non abbiano l'obbligo di motivare il lodo, in quanto non solo la motivazione è elemento proprio degli atti giurisdizionali, ma anche perché, non essendo ammesso un riesame nel merito della decisione degli arbitri e non essendo possibile un'impugnativa del lodo per erroneità e insufficienza di motivazione, la stessa sarebbe inutile. Pertanto, in tale contesto, nessuna autonomia può essere attribuita al rispetto del contraddittorio (neppure quando la stessa sia per avventura imposta agli arbitri dalle parti), a meno che, in via indiretta, non si sostanzi in uno dei motivi di annullabilità del contratto (errore, violenza, dolo).

Anche Vasetti<sup>427</sup> inquadra l'arbitrato contrattuale facendo ricorso alla figura dell'arbitraggio applicato al negozio di transazione. Secondo l'Autore, le parti, attraverso la stipulazione del patto compromissorio, eliminano la lite riducendola a un semplice conflitto di interessi, il cui contenuto è rimesso alla determinazione del terzo. Nessuna distinzione può, pertanto, essere rinvenuta da un punto di vista strutturale tra arbitraggio e arbitrato contrattuale, in quanto entrambi si riducono alla «determinazione di un terzo che non risolve una controversia, in veste di giudice, ma integra un negozio giuridico»<sup>428</sup>. La distinzione tra le due figure si basa allora sulla situazione preesistente sulla quale l'accordo interviene, in quanto, in caso di arbitraggio,

---

<sup>425</sup> ID., *op. ult. cit.*, 156.

<sup>426</sup> ID., *op. ult. cit.*, 168.

<sup>427</sup> M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 846 ss.

<sup>428</sup> ID., *op. cit.*, 863.

esiste un unico rapporto, già concluso tra le parti, ma incompleto; mentre, in caso di arbitrato contrattuale, i rapporti presupposti sono due: un primo, già perfezionato ma non più pacifico tra le parti, e un secondo, posteriore e di natura transattiva, anch'esso concluso ma incompleto per la mancata determinazione dell'elemento rimesso al terzo.

L'Autore si pone poi il problema dello spazio riservato a norme procedimentali, arrivando alla conclusione dell'incompatibilità della garanzia del contraddittorio con l'arbitrato contrattuale. L'arbitro, infatti, per poter concretizzare le clausole della transazione, deve certamente conoscere i termini della controversia, che potranno essere portati a sua conoscenza attraverso la redazione di scritti di parte e la produzione di documenti. Tale attività, però, è esclusivamente finalizzata a fornire all'arbitro un'informativa, così che egli possa essere a conoscenza di tutti quegli elementi, di fatto e di diritto, che sarebbero stati presi in considerazione dalle parti se avessero provveduto personalmente a perfezionare la transazione. Da tale ricostruzione, l'Autore trae una serie di conseguenze. Anzitutto deduce l'esistenza di un arbitrato rituale qualora dal patto compromissorio risulti una volontà delle parti finalizzata allo svolgimento di un'istruttoria e di un'attività difensiva con la garanzia del contraddittorio. Sostiene poi l'incompatibilità con l'arbitrato contrattuale di una pronuncia secondo diritto, essendo la stessa incompatibile con il concetto di transazione e sull'impugnabilità dell'atto finale afferma la regola dell'insindacabilità nel merito della pronuncia degli arbitri.

La violazione del contraddittorio, pertanto, non potrà mai rilevare in via autonoma, neppure come eventuale violazione del contratto di mandato intercorrente tra parti e arbitri<sup>429</sup>, fatta salva la possibilità che conduca a una incompleta o mancata conoscenza degli elementi di fatto sulla base dei quali

---

<sup>429</sup> Da un lato, infatti, un tale tipo di violazione deve essere in linea generale considerata inidonea a riverberarsi sulla validità del lodo e, d'altro lato, in ogni caso le parti non potrebbero mai prevedere, in ambito di arbitrato contrattuale, il rispetto del principio del contraddittorio.

l'arbitro debba comporre la lite, con conseguente errore di fatto sulla loro percezione.

Espressamente finalizzata allo studio del rapporto tra arbitrato contrattuale e principio del contraddittorio è l'indagine svolta da Levoni<sup>430</sup>, il quale interpreta l'arbitrato contrattuale come un'ipotesi di perfezionamento concreto da parte degli arbitratori di una transazione in bianco stipulata dalle parti, quindi come arbitraggio di una transazione già compiuta più che come un mandato a transigere. Per tale motivo, non è possibile rinvenire una causa di nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c., nell'arbitrato contrattuale stipulato senza il rispetto del principio del contraddittorio, dal momento che non esistono norme imperative o di ordine pubblico che richiedano, a differenza di quanto avvenga in ambito processuale, il rispetto di tale requisito per i contratti. Ciò tuttavia non impedisce alle parti, nel patto compromissorio, di stabilire espressamente il rispetto di norme di procedura e di minimi di garanzia del contraddittorio, ponendosi, in questo caso, il problema di stabilire quali siano le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle norme così fissate. Se è da escludere, secondo l'Autore, che possa configurarsi il vizio di eccesso dai limiti del mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c., dal momento che la norma *de qua* è finalizzata a reprimere violazioni di norme sostanziali e non di norme *in procedendo*, ciò non significa che nessun tipo di rilievo possa essere attribuito alla violazione delle norme imposte dalle parti in ordine al procedimento di formazione del responso arbitrale. Avendo l'arbitro fatto un uso dei poteri assegnatigli diverso da quello per il quale gli erano stati conferiti, potrà riscontrarsi, infatti, un vizio di abuso di mandato rilevante ai sensi sia dell'art. 1710 c.c. che dell'art. 1349, comma 1, c.c.

Aderisce espressamente alla teoria formulata da Parenzo, identificando l'arbitrato contrattuale con l'arbitraggio applicato alla transazione, anche Schizzerotto<sup>431</sup>, secondo il quale «ove le parti fossero irrigidite nelle loro pretese, non farebbero ricorso al terzo che per veder accolta ciascuna la

---

<sup>430</sup> A. LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1201 ss.

<sup>431</sup> G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1967.

propria pretesa fino alle estreme conseguenze, cioè con l'intento di ottenere una sentenza munita di forza esecutiva. Ma se dal compromesso risulta, implicitamente o esplicitamente, che questo non vollero; che esse, anzi, si impegnarono ad avere per proprio quanto fosse stabilito dal terzo di loro fiducia, segno è che erano animate da intenti conciliativi. Ora, un tale comportamento, che, sì, è un abbandono della pretesa, ma l'abbandono della pretesa non è senza corrispettivo, perché se ciò fosse non avrebbero avuto alcun bisogno di rivolgersi a un terzo, è perfettamente inquadrabile nel contratto di transazione, contratto, del resto, che più di ogni altro si confà a due parti che, nella divergenza delle pretese, non intendono guastarsi, ma, anzi, vedere risolta ogni cosa nel migliore dei modi senza troppo concedere, ma, anche, senza troppo pretendere»<sup>432</sup>. Secondo l'Autore le parti, attraverso la stipulazione del compromesso, *id est* attraverso la manifestazione della volontà transattiva, eliminano tra loro la controversia trasformandola in controversia economica e rimettendo al terzo la determinazione dell'*aliquid datum aliquid retentum*. In tale ottica, la determinazione del terzo<sup>433</sup> non può prescindere dalle reciproche concessioni, dato che il riconoscimento pieno di una delle pretese contrasterebbe con l'oggetto del contratto di transazione e consisterebbe in una decisione, con applicazione del diritto, non ammissibile se non nella forma della sentenza giudiziale o del lodo rituale.

Quanto allo spazio che residua al contraddittorio, il carattere negoziale dell'arbitrato contrattuale comporta che «non si può parlare, con riferimento ad esso, di istruzione o di prove o... di un *modus procedendi*, ma nemmeno di un obbligo degli arbitri impropri di informare le parti di quanto da essi fatto e, tanto meno, di assegnare loro termini perché possano interloquire, contrastare o difendersi»<sup>434</sup>, con la conseguente esclusione di ogni rilevanza al mancato rispetto del contraddittorio. Gli arbitri devono sì

---

<sup>432</sup> ID., *op. cit.*, 121 ss.

<sup>433</sup> Il quale non pone in essere un atto volitivo sostitutivo della volontà degli arbitri ma un'attività intellettuale e/o tecnica che vincola le parti in quanto le stesse abbiano in precedenza dichiarato di accettarla.

<sup>434</sup> ID., *op. cit.*, 313.



ascoltare le parti che lo richiedano e tenere conto delle risultanze, ma non fissare termini per risposte o repliche e rendere edotta ciascuna parte di quanto affermato dall'altra, in quanto tali informazioni sono rimesse esclusivamente alla diligenza della parte interessata, che deve informarsi presso gli arbitri. Secondo tale ricostruzione, il lodo fondato sull'eventuale comportamento degli arbitri fraudolentemente finalizzato a nascondere gli elementi raccolti a una delle parti per favorire l'altra non sarebbe in ogni caso viziato per la violazione del contraddittorio ma per la mala fede degli arbitri.

Più recentemente Consolo<sup>435</sup> si è richiamato, almeno in parte, alla figura dell'arbitraggio nella transazione. Tale Autore, trattando il tema dell'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'istituto arbitrale, afferma che la suddetta norma – da interpretarsi come garanzia del «diritto ad un procedimento finalizzato alla formazione di una decisione giurisdizionale della lite»<sup>436</sup> –, non può trovare applicazione in relazione all'arbitrato contrattuale, data la finalità dell'istituto di pervenire a una soluzione negoziale piuttosto che giurisdizionale della controversia. Il compito degli arbitri contrattuali è quello di riempire, attraverso determinazioni che sono frutto di giudizio ma che non consistono in un giudizio, il contratto di transazione (se le parti richiedono una soluzione secondo equità) o di accertamento (se le parti richiedono una soluzione secondo diritto) concluso dalle parti, ma dalle stesse non completato. La natura di soluzione negoziale attribuita al lodo non ha, tuttavia, come conseguenze, l'assenza di forme procedurali all'interno dell'arbitrato contrattuale e la mancata necessità del rispetto del principio del contraddittorio. Il fondamento del rispetto del principio non si fonda, tuttavia, come premesso, sulla disposizione della Convenzione, ma sull'applicazione delle norme sul mandato (con conseguente eccesso dai limiti del mandato, ex art. 1711, comma 1, c.c., qualora le parti abbiano imposto il rispetto del principio agli arbitri) oppure, qualora le parti non lo abbiano espressamente previsto, in virtù delle clausole generali di correttezza e buona fede che, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., governano anche l'esecuzione del contratto. Il rispetto del principio del

---

<sup>435</sup> C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.

<sup>436</sup> ID., *op. cit.*, 467.

contraddittorio è allora obbligatorio anche se le parti lo abbiano escluso, in quanto in caso contrario il lodo sarebbe nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per violazione di norma – procedimentale – di ordine pubblico. Tuttavia «in tale contesto, il contraddittorio, voluto espressamente dalle parti o scaturente dal principio di buona fede nell'esecuzione degli obblighi di prestazione degli arbitri-mandatari, assume un valore peculiare; la sua funzione, a ben vedere, non è tanto quella di uno strumento difensivo ma è piuttosto quella di uno strumento di corretta conoscenza in capo al mandatario-arbitro di fatti e situazioni rilevanti per il suo utile agire per conto delle parti del rapporto, specie allorquando l'incarico da lui ricevuto da quelle sia la determinazione di una composizione in lato senso transattiva»<sup>437</sup>. Secondo tale Autore, pertanto, esiste l'obbligo, anche in caso di arbitrato contrattuale, di rispettare il principio del contraddittorio come strumento non di difesa bensì di conoscenza dei presupposti del contratto da perfezionare a favore degli arbitri<sup>438</sup>.

Anche Bove<sup>439</sup> identifica nella figura dell'arbitraggio la chiave di volta per interpretare l'arbitrato contrattuale. Tale Autore, criticando in modo serrato la teoria di Fazzalari<sup>440</sup>, differenzia nettamente l'arbitrato rituale da quello contrattuale, in quanto attività di normazione tra loro irriducibili: il primo, come la sentenza del giudice dello Stato, consiste in un accertamento derivante dalla concretizzazione di una norma astratta preesistente; il secondo, in quanto negozio, è posizione di una norma libera e non derivata. Secondo l'Autore, il richiamo all'istituto dell'arbitraggio per interpretare l'arbitrato contrattuale non solo diventa naturale qualora si rifletta che lo stesso si riduce alla formazione di un negozio in cooperazione tra le parti e un terzo, ma soprattutto necessario perché tale richiamo permette di dare al patto compromissorio contrattuale – attraverso il quale le parti incidono sul rapporto sostanziale, eliminando la lite – un'efficacia «reale», cioè idonea a

---

<sup>437</sup> ID., *op. cit.*, 470.

<sup>438</sup> L'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di contratto *per relationem* nonché la necessità del rispetto del principio del contraddittorio in virtù degli artt. 1175 e 1375 c.c. è stata poi mantenuta dall'Autore anche successivamente alla riforma del 2006: v., in tal senso, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Padova, 2006, II, 159 ss.

<sup>439</sup> M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.

<sup>440</sup> Sulla quale v. *infra* § 11.

ottenere una sentenza di rigetto nel merito nell'ipotesi in cui una parte, violando il patto compromissorio, adisca il giudice. Per quanto riguarda il principio del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale, il rispetto dello stesso è «per così dire naturalmente necessario nei casi in cui una contrapposizione di interessi viene risolta con la posizione di una norma da parte di un soggetto che si pone in posizione di terzietà rispetto ai portatori di quegli interessi»<sup>441</sup>. Il terzo, cioè, per poter regolare gli interessi altrui, deve esserne a conoscenza e, del resto, un obbligo in tal senso è imposto all'arbitro dall'art. 1708 c.c., in base al quale «il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento». Ciò non significa, tuttavia, che l'arbitrato contrattuale sia un processo, caratterizzato dall'obbligo per il giudicante di rispettare le norme che regolano il contraddittorio in quanto norme di attività dal cui mancato rispetto discende l'invalidità dell'atto finale del procedimento per ripercussione. Il contraddittorio è esclusivamente un mezzo attraverso il quale l'arbitro possa conoscere i presupposti del negozio che dovrà porre in essere, con la conseguenza che nulla vieta all'arbitro di arrivare alla conoscenza dei predetti presupposti anche in maniera alternativa rispetto alla comunicazione che ne abbiano fatto le parti. «Qui non si impone all'arbitro il compimento di certe attività formali, ma gli si impone di non fondare il suo volere su un errore. Ed è solo questo eventuale errore, motivo di invalidità del negozio in sé e non per ripercussione derivante da un ordine di attività normativamente prestabilito, che può rilevare in sede d'impugnativa. In altri termini non si potrebbe chiedere ed ottenere l'annullamento del lodo libero per il fatto puro e semplice di non essere stati ascoltati, ma a tal fine, si deve dimostrare che ciò ha determinato un errore-vizio conseguente. Vale a dire, si deve dimostrare la causalità dell'eventuale mancata attivazione del contraddittorio, perché è solo l'errore-vizio della volontà dell'arbitro, che può portare all'annullamento del lodo, restando,

---

<sup>441</sup> ID., *op. cit.*, 712.

invece, il lodo inattaccabile, se quell'errore non risulta sussistente»<sup>442</sup>. Si ha, di conseguenza, una limitata rilevanza del contraddittorio, in quanto il mancato rispetto dello stesso rileverà nei limiti in cui la parte soccombente sia in grado di dimostrare che il fatto di non essere stata ascoltata abbia portato a un errore dell'arbitro.

In senso parzialmente analogo a Consolo si esprime Marinelli<sup>443</sup>, il quale ricostruisce l'arbitrato contrattuale come un contratto *per relationem*, inquadrabile nello schema generale di cui all'art. 1349 c.c. Le parti, attraverso il patto compromissorio, (auto)compongono la lite, impegnandosi ad accettare quanto stabilito dagli arbitri come espressione della propria volontà e dando vita, in questo modo, a un fenomeno esclusivamente negoziale, irriducibile al differente fenomeno dell'arbitrato rituale, che invece consiste in un'ipotesi di eterocomposizione della lite. La natura negoziale dell'arbitrato contrattuale non comporta, tuttavia, che in esso debba essere esclusa l'operatività del principio del contraddittorio, in quanto la necessità del rispetto dello stesso può essere fatta discendere dalla disciplina sostanziale del fenomeno e, in particolare, dall'art. 1349 c.c., che impone al terzo di adottare, anche da un punto di vista procedimentale, tutte le misure idonee a garantire la giustizia e correttezza della propria determinazione. Se, pertanto «il contraddittorio deve essere pienamente garantito dagli arbitri su ogni punto fondamentale della questione loro sottoposta, ivi compreso il momento essenziale della ricostruzione dei dati di fatto rilevanti ai fini della determinazione finale», è altrettanto vero che non è richiesto il rispetto delle norme formali che regolano l'arbitrato rituale, essendo il principio finalizzato alla corretta conoscenza dei fatti di causa da parte degli arbitri e non legato al diritto di difesa delle parti<sup>444</sup>. Così come l'art. 1349 c.c. impone agli arbitri il rispetto del principio del contraddittorio, allo stesso modo comporta per essi l'onere di motivare il lodo contrattuale, dal momento che, in caso contrario, la

---

<sup>442</sup> ID., *op. cit.*, 734

<sup>443</sup> M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale – Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002.

<sup>444</sup> ID., *op. cit.*, 219 ss.

determinazione degli arbitri dovrà considerarsi manifestamente iniqua, in quanto compiuta in modo da non rendere possibile alle parti valutare la giustizia e correttezza della stessa. Il mancato rispetto delle regole procedurali ha come conseguenza l'impugnabilità del lodo sotto i profili dell'erroneità e iniquità manifesta.

Infine anche Rubino-Sammartano<sup>445</sup> espressamente ricostruisce l'arbitrato contrattuale come "mandato congiunto a transigere". Da tale definizione consegue l'inapplicabilità allo stesso della disciplina prevista per l'arbitrato rituale, in particolare per quanto riguarda gli aspetti processuali. In relazione al principio del contraddittorio, il predetto inquadramento ha come conseguenza il fatto che non occorre richiamarsi a esso in modo puntuale, anche se «non potrebbe intendersi eseguito il mandato se il mandatario non richiedesse alle parti le precisazioni e i chiarimenti opportuni per la comprensione delle loro ragioni e non desse loro la possibilità di esporle e di commentare le ragioni delle altre parti». Pertanto l'arbitro avrà senza dubbio la possibilità di procedere molto più liberamente di quanto non potrebbe fare se si vertesse in ambito di arbitrato rituale, ma tale circostanza non fa venir meno «il dovere dei mandatori di cogliere gli elementi necessari, al fine di formare il proprio convincimento»: pena la violazione del mandato e la conseguente invalidità dell'atto compiuto dal mandatario. Deve ritenersi imposto agli arbitri anche il dovere di motivare la transazione raggiunta, rientrando negli obblighi derivanti dal mandato anche quello di mettere i mandanti in grado di stabilire il percorso attraverso il quale si giunge al prodotto finale.

---

<sup>445</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 4a ed., Padova 2005.

3. *Segue. Valutazioni della dottrina che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria dell'arbitrato, non concorda con l'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio nella transazione.*

Vi sono altri autori che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria ed essendo pertanto favorevoli ad ammettere una netta distinzione tra le due forme di arbitrato, sono critici nei confronti dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale nella figura dell'arbitraggio nella transazione.

Critica la teoria dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione, per esempio, Nobili<sup>446</sup>, il quale, nel proprio studio dedicato all'arbitrato delle associazioni commerciali afferma che se la legge ammettesse che le parti risolvano una lite attraverso un negozio concluso direttamente tra le stesse, gli interessati dovrebbero necessariamente avere il potere di far decidere la controversia attraverso arbitrati contrattuali. Pertanto, così come è possibile risolvere negozialmente una controversia con l'accettazione, a opera di una parte, dell'intera pretesa della controparte, allo stesso modo non c'è ragione di limitare i poteri degli arbitri con l'imposizione dell'obbligo di risolvere la lite con il metro dell' *aliquum datum aliquum retentum*.

Quanto al contraddittorio, l'Autore non prende esplicitamente posizione tra la tesi dominante, che negava che l'attività di parti e arbitri potesse essere limitata dal rispetto del principio, e le prime sentenze della giurisprudenza che, cominciavano ad affermare la necessità del rispetto del principio anche all'interno dell'arbitrato contrattuale<sup>447</sup>. Afferma tuttavia che «l'inosservanza delle regole procedurali non sarà causa di invalidità del lodo» e che non sarà in ogni caso invocabile la figura dell'eccesso dei limiti del mandato, attinente alla decisione di materie non deferite dalle parti all'arbitrato ma non all'inosservanza di regole procedurali. E la conclusione non cambia neppure qualora esistano, come nel caso degli arbitrati contrattuali organizzati in seno alle associazioni commerciali, delle regole procedurali, dal momento che

---

<sup>446</sup> R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova 1957.

<sup>447</sup> ID., *op. cit.*, 326.

«l'osservanza delle regole da parte degli arbitri non è stata ritenuta dai litiganti tanto importante da subordinarvi la volontà di ricorrere all'arbitrato e di assoggettarsi alla decisione degli arbitri»<sup>448</sup>.

Non richiama la figura dell'arbitraggio nella transazione neppure Grandi<sup>449</sup>, il quale identifica la funzione dell'arbitrato contrattuale nella composizione di un conflitto giuridico, attuata nell'ambito dell'autonomia giudiziale privata. Mentre nell'arbitrato rituale la lite viene superata attraverso un'attività di accertamento (analoga a quella propria del giudice statale), nell'arbitrato contrattuale l'attività degli arbitri è di tipo dispositivo, in quanto supera la lite attraverso la sostituzione della situazione giuridica controversa con una situazione giuridica non controversa: «attraverso la sostituzione della situazione litigiosa con una situazione non litigiosa, l'arbitro irrituale crea un nuovo assetto giuridico del conflitto di interessi, che le parti potevano far valere come lite, chiedendone la decisione formale al giudice o all'arbitro di rito, ma che hanno, invece, preferito risolvere, sul terreno della disposizione negoziale, dando l'incarico al terzo di comporre tale conflitto con la posizione di un nuovo rapporto giuridico»<sup>450</sup>. Quanto all'atto di determinazione dell'arbitro, viene interpretato come una dichiarazione di volontà, emessa su autorizzazione dei soggetti interessati: cioè un negozio giuridico unilaterale. Tra arbitrato rituale e contrattuale vi è pertanto un'assoluta impossibilità di assimilazione, presupponendo il primo, ma non il secondo, un'attività di giudizio che si esprime all'esito di un processo; con la conseguenza implicita della sostanziale irrilevanza del mancato rispetto del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale.

Giugni<sup>451</sup>, invece, afferma la natura negoziale dell'istituto ma nega che lo stesso possa essere identificato con l'arbitraggio nella transazione e il

---

<sup>448</sup> ID., *op. cit.*, 326. Secondo Nobili, tuttavia, le parti sarebbero indirettamente protette dal fatto che il rispetto delle regole è imposto agli arbitri come dovere nei confronti dell'associazione.

<sup>449</sup> M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano 1963, 73 ss.

<sup>450</sup> ID., *op. cit.*, 123 ss.

<sup>451</sup> G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3 ss.

mandato a transigere dal momento che, aderendo a tale impostazione, si dovrebbe necessariamente ammettere che l'istituto sia valido e vincolante soltanto quando presenti i requisiti della transazione, *in primis* le reciproche concessioni tra le parti. Secondo Giugni è possibile, da un lato, distinguere l'arbitrato rituale e contrattuale dall'arbitraggio, in quanto in quest'ultimo il terzo deve determinare un elemento essenziale del contratto, mentre nel primo la determinazione del terzo si sovrappone a un rapporto perfetto. D'altro lato, è possibile distinguere nettamente arbitrato rituale e arbitrato contrattuale, in quanto il primo è finalizzato e strutturato per un'attività dichiarativa, mentre il secondo è ricondotto alla figura del negozio di accertamento, cioè a un atto negoziale di natura costitutiva, idoneo a modificare un preesistente negozio con il quale si incorpora e forma un dato unitario caratterizzato nello specifico dal fatto che la determinazione non è posta in essere dalle parti ma da un terzo. Dalla natura negoziale dell'arbitrato contrattuale consegue, di necessità, la sua impugnabilità attraverso le forme dell'invalidità negoziale, all'interno delle quali non sembra residuare alcuno spazio per la rilevanza diretta del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Anche Hernandez<sup>452</sup> considera l'arbitrato contrattuale una figura negoziale (per la precisione, un contratto d'opera al pari dell'arbitrato rituale) non assimilabile alla transazione. La necessità del rispetto del contraddittorio assume una configurazione particolare, in quanto il termine contraddittorio, in relazione a tale *species* di arbitrato, viene utilizzato in senso atecnico per sottolineare l'esigenza degli arbitri di conoscere la materia a loro sottoposta, sia pure nei limiti in cui gli interessati intendono evidenziarla: «nell'arbitrato irrituale, la finalità del contraddittorio è la mera conoscenza della *res litigiosa*. L'esistenza di un contratto d'opera, affinché l'arbitro (o gli arbitri) faccia cessare la lite, sostituendo alla medesima una nuova situazione non

---

<sup>452</sup> S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova 1990, 144 ss.



esclude, anzi presuppone, che l'arbitro sia posto a conoscenza, quanto più e quanto meglio, dei suoi termini»<sup>453</sup>.

Secondo Santoro-Passarelli<sup>454</sup>, invece, tra arbitrato rituale e contrattuale corre una diversità non solo formale, ma anche sostanziale, dal momento che, nel primo caso, l'arbitro è chiamato a preparare il contenuto logico di una sentenza, mentre, nel secondo caso, l'arbitro «trae la sua investitura soltanto dalla volontà delle parti ed è chiamato a compiere un'attività formalmente e materialmente identica a quella che esse stesse potrebbero svolgere. Come alle parti è consentito, in virtù della loro autonomia, comporre o, più genericamente, eliminare da sé la lite, così le stesse possono raggiungere il medesimo risultato avvalendosi di un terzo, che non opera allora quale giudice, sibbene sostituisce la propria volontà a quella delle parti»<sup>455</sup>. Tale Autore si oppone all'inquadramento dell'arbitrato contrattuale nella figura dell'arbitraggio applicato alla transazione o del mandato a transigere, dal momento che la composizione della lite non comporta necessariamente sacrifici per entrambe le parti in lite e l'intervento del terzo è anzi alternativo alla reciprocità delle concessioni.

Anche secondo Cirulli<sup>456</sup> le parti, attraverso la stipulazione del compromesso contrattuale, non intendono addivenire a una transazione, ma attribuire all'arbitro il potere di accertare il fatto controverso e individuare la regola di diritto o equità applicabile. L'arbitrato contrattuale deve essere inquadrato «nell'ambito dei negozi di composizione o prevenzione della lite, diversi dalla transazione, mediante i quali si attua la ricerca ed il raggiungimento di una soluzione non più o meno intermedia tra le contrapposte pretese o opinioni ma considerata dalle parti giusta secondo diritto o secondo equità», mentre il *dictum* degli arbitri «si inserisce nel

---

<sup>453</sup> ID., *op. cit.*, 151.

<sup>454</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1157 ss.

<sup>455</sup> ID., *op. cit.*, 1163 ss.

<sup>456</sup> M. CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2783 ss.

negozio compromissorio secondo lo schema dell'arbitraggio»<sup>457</sup>. L'arbitrato contrattuale non è però un processo, dal momento che rientra nell'ambito di un'attività non pubblicistica, ma negoziale delle parti, con la conseguenza che non si potrà pretendere al suo interno il rispetto del principio del contraddittorio inteso in senso tecnico, come canone processuale attuativo del principio *audiatur et altera pars*. Le parti hanno bensì il diritto di svolgere «attività assertiva e deduttiva, sia pure senza formalità, e di replicare alle istanze e deduzioni avversarie», ma tale attività è «funzionale alla piena conoscibilità del rapporto controverso da parte dell'arbitro», cioè è finalizzata a evitare che la determinazione dell'arbitro sia esente da errori rilevanti ai sensi dell'art. 1429 c.c. Pertanto la violazione del contraddittorio non è mai idonea a rilevare di per sé e la parte potrà impugnare vittoriosamente il lodo solo qualora sia in grado di dimostrare che, se le fosse stato possibile allegare fatti favorevoli ovvero contestare fatti sfavorevoli, il lodo avrebbe avuto un differente contenuto.

*4. La posizione della giurisprudenza: le prime sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito dell'arbitrato contrattuale.*

In relazione alla posizione della giurisprudenza, nei primi anni successivi all'approvazione del nuovo codice di procedura civile è possibile riscontrare una sostanziale continuità con la giurisprudenza precedente, non solo per quanto riguarda l'affermazione che l'arbitrato contrattuale consiste in un fenomeno negoziale, più precisamente inquadrabile nel contratto di transazione<sup>458</sup>, ma anche per le conseguenze che da tale inquadramento

---

<sup>457</sup> ID., *op. cit.*, 2792.

<sup>458</sup> Sono numerosissime le massime che richiamano la figura della transazione al fine dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale: Cass. 10 maggio 1946, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; Cass. 26 novembre 1946, n. 1332, *ibidem*, n. 5; Cass. 28 febbraio 1951, n. 507, *ibidem*, 1951, n. 1; App. Catanzaro 18 maggio 1953, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 19; App. Milano 16 aprile 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 1029; *Giur. it.*, 1954, I, 2, 780; Trib. Biella 16 novembre 1953, in *Dir. fall.*, 1954, II, 534; Trib. Roma 30 aprile 1954, in *Tem. romana*, 1954, 169; Cass. 4 maggio 1955, n. 1240, in *Rep. Foro*

derivano, per esempio in tema di impugnabilità del lodo<sup>459</sup> e, per quanto ai fini della presente analisi maggiormente interessa, di esonero dal rispetto di forme e prescrizioni procedurali<sup>460</sup>, con la naturale conseguenza dell'irrilevanza, almeno diretta, della violazione del principio del contraddittorio ai fini della validità del lodo.

Tuttavia la giurisprudenza non è completamente unanime, ed è dato reperire delle pronunce che, per certi aspetti, risultano difformi dall'orientamento dominante.

Per esempio, Cass. 6 maggio 1949, n. 1148<sup>461</sup>, nel tracciare la distinzione tra arbitrato contrattuale e arbitraggio afferma in massima che il primo è istituto finalizzato a comporre una vertenza sorta tra le parti «mediante il dispiegamento di un'attività di natura giurisdizionale e senza l'osservanza di forme», abbandonando pertanto il consueto riferimento alla natura esclusivamente negoziale dell'attività posta in essere dagli arbitri. Dalla massima della sentenza non è dato desumere se nella motivazione della sentenza i giudici abbiano tratto delle conseguenze dalla affermata «natura giurisdizionale» dell'attività posta in essere dagli arbitri contrattuali; è, però, senza dubbio lecito affermare che la configurazione dell'attività dell'arbitro come giurisdizionale ha come corollario la necessità, pur nell'assenza

---

*it.*, 1955, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 21; Cass. 21 aprile 1955, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 34; Trib. Crema 29 maggio 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, 824; Cass. 18 settembre 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2024; App. Brescia 12 gennaio 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 27; App. Milano 18 novembre 1955, in *Giust. civ.*, 1956, I, 146; *Foro pad.*, 195, I, 1160; App. Caltanissetta 16 marzo 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 39.

<sup>459</sup> Che può essere impugnato esclusivamente per far valere incapacità delle parti, vizi del consenso (errore, violenza, dolo), estinzione o eccesso di mandato ma non per un riesame del merito: v., per esempio, Cass. 2 agosto 1950, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Arbitrato irrituale*, n. 1.

<sup>460</sup> È diffusa, nelle sentenze, l'affermazione che in caso di arbitrato contrattuale gli arbitri non sono tenuti al rispetto di forme processuali: v., per esempio, App. Bari 15 gennaio 1947, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Arbitrato irrituale*, n. 3; App. Torino 24 febbraio 1948, in *Rep. Giur. it.*, 1947-1948, voce *Arbitrato*, n. 42; Cass. 5 agosto 1947, *ibidem*, n. 44; Cass. 6 maggio 1948, n. 1148, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Arbitrato irrituale*, n. 1; Cass. 14 gennaio 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 603; Trib. Mantova 8 dicembre 1949, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Arbitrato irrituale*, n. 6; Cass. 10 marzo 1950, n. 631, *ibidem*, n. 12.

<sup>461</sup> v. nota precedente.

dell'obbligo di osservanza di specifiche forme, del rispetto del principio del contraddittorio.

Maggiore interesse presentano però alcune sentenze degli anni successivi, le quali affermano espressamente la necessità del rispetto del principio del contraddittorio anche nell'ambito dell'arbitrato contrattuale.

In primo luogo Cass. 30 giugno 1955, n. 2022<sup>462</sup>, la cui massima è esplicita in tal senso: «il principio del contraddittorio è assolutamente inderogabile anche quando si versi in tema di arbitrato irrituale».

In senso analogo una sentenza di alcuni anni dopo, Cass. 30 marzo 1960, n. 695<sup>463</sup>, la quale conferma il medesimo principio della assoluta inderogabilità del contraddittorio anche in ambito di arbitrato contrattuale, nonché Cass. 8 febbraio 1964, n. 298<sup>464</sup>.

Nel 1961 la Suprema Corte in un'altra sentenza affronta di nuovo il problema del rapporto tra principio del contraddittorio e arbitrato contrattuale<sup>465</sup>. Dalla motivazione della sentenza si apprende che la parte ricorrente, impugnando la sentenza della Corte d'Appello, riproponeva la questione della nullità del lodo arbitrale contrattuale per il mancato rispetto del principio inderogabile del contraddittorio, lamentando che, pur avendo l'arbitro permesso di portare a sua conoscenza le censure che la parte muoveva alla situazione patrimoniale di una società prospettata dalla controparte, avrebbe dovuto permetterle di apprendere quanto l'altra parte aveva detto e fatto conoscere all'arbitro, fissando un termine in modo che potesse replicare attraverso la presentazione di documenti e memorie. La sentenza impugnata, disattendendo le censure mosse, metteva in evidenza che le parti, attraverso uno scambio di lettere tra loro avvenuto per mezzo

---

<sup>462</sup> In *Mass. Giur. it.*, 1955, 501.

<sup>463</sup> In *Mass. Foro it.*, 1960, 159.

<sup>464</sup> In *Mass. Giur. it.*, 1964, 90, le cui massime recitano: «Il principio del contraddittorio, pur se non articolato in forme rigorose, è assolutamente inderogabile anche quando si versi in tema di arbitrato irrituale. Una delle esigenze fondamentali del contraddittorio è la necessità che non solo l'arbitratore ascolti le parti, ma anche che queste siano poste in grado di conoscere quanto le altre, rispettivamente, abbiano prospettato all'arbitro, onde potersi a loro volta difendere e replicare».

<sup>465</sup> Cass. 27 aprile 1961, n. 941, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1847; *Foro it.*, 1960, I, 726.

dell'arbitro e nelle riunioni presso lo stesso, avevano fatto conoscere le loro pretese e le loro ragioni ed era stata data la possibilità, alla parte ricorrente, di esaminare un documento (bilancio della società) depositato in corso di causa. La Cassazione, confermando la sentenza impugnata, afferma che, pur essendo necessario il rispetto del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale, la norma dell'art. 816, comma 3 c.p.c. – che imponeva agli arbitri rituali di assegnare in ogni caso alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche –, non è in quest'ipotesi prescritta a pena di nullità. La sentenza argomenta che «se non si può negare l'inderogabilità del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato libero, questo deve essere inteso in relazione al contenuto della pronuncia che le parti chiedono agli arbitri di emettere. E cioè, se le parti tendono, in via mediata, ad un accordo transattivo sulla controversia in via di composizione amichevole, esse devono essere necessariamente poste in grado di potere esporre all'arbitro le rispettive pretese e le eccezioni a quelle avversarie, nonché le ragioni relative, così come tale prospettazione reciproca sarebbe necessaria se le parti procedessero direttamente alla conciliazione degli opposti interessi, al fine di trovare un punto di incontro nel negozio transattivo. Ma, quando tale esigenza sia stata soddisfatta, per modo che, avendo ciascuna esposto le proprie pretese e ragioni e contestato o avuto la possibilità di contestare quelle avversarie, l'arbitro sia in grado di sapere da quale parte, a suo giudizio insindacabile, sia la ragione o il torto e qual è il rimedio più opportuno per contemperare gli opposti interessi, ciò posto non occorre che il contraddittorio si perpetui con ulteriori attività delle parti e dell'arbitro o che l'arbitro continui a sentire le parti». E – continua la sentenza, affermando un principio che diverrà costante – «nell'arbitrato irrituale, il contraddittorio non si articola necessariamente in forme rigorose ed in fasi progressive, regolate dall'arbitro mediante la prefissione di termini, neppure per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie o di esporre repliche, come prescrive il citato art. 816, comma 3, c.p.c. per l'arbitrato rituale; è sufficiente, invece, che l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo in

relazione agli elementi che l'arbitro potrà assumere a fondamento della sua pronuncia, affinché il principio del contraddittorio si possa ritenere osservato».

Tale ultimo indirizzo è poi espressamente richiamato e fatto proprio da Cass. 16 maggio 1962, n. 1070<sup>466</sup>, la quale riconduce il compromesso contrattuale al mandato a transigere e afferma che «nessuna identità o somiglianza di funzione esiste tra il giudice e l'arbitro rituale, da un lato, tenuti entrambi ad emettere una decisione e quindi ad esprimere un giudizio sul fondamento delle domande e delle eccezioni rispettivamente avanzate dalle parti, e l'arbitrato libero, dall'altro, la cui attività si concretizza nel formulare sul terreno del diritto sostanziale i termini di quella composizione transattiva degli interessati, sia pure genericamente, già voluta e conclusa. All'arbitrato libero non sono, dunque, applicabili neppure in via analogica le norme stabilite dal codice di procedura civile relativamente all'arbitrato rituale, donde la esclusione delle particolari modalità attraverso le quali viene reso concretamente operante il principio del contraddittorio cosiddetto formale, come disciplinato dagli art. 101 o 816, 3° comma, cod. proc. civ., rispettivamente, per il giudizio ordinario e per quello arbitrale.

Su un piano del tutto diverso e più aderente alla natura dell'istituto in esame va, invece, considerata l' esigenza in *subiecta* materia del contraddittorio, il quale, come è ovvio, costituisce il presupposto necessario e insopprimibile per la stessa esistenza e validità di una qualsiasi manifestazione di giudizio, anche al di fuori di un procedimento contenzioso. L'arbitro irrituale, infatti, deve conoscere i termini della controversia e a tal fine le parti hanno sempre facoltà di presentare documenti e memorie, contenenti l'esposizione delle rispettive pretese e ragioni. Tale ordine di informativa non si articola necessariamente, però, in forme rigorose e in fasi progressive, né presuppone la prefissione di termini o la possibilità di repliche. In difetto di tassativi criteri formali desumibili da una specifica normativa, la concreta attuazione del contraddittorio va valutata, sul piano

---

<sup>466</sup> In *Foro it.*, 1962, I, 1094.

sostanziale, alla stregua della idoneità e congruenza delle attività materiali esplicate dai soggetti del rapporto, in qualsiasi modo e tempo».

Le predette sentenze, così come la precedente Cass. 23 novembre 1957, n. 4474<sup>467</sup> e alcune pronunce delle corti di merito<sup>468</sup>, non si discostano dal tradizionale inquadramento dell'arbitrato contrattuale nella figura della transazione e, pertanto, pur affermando l'inderogabilità del contraddittorio, sottolineano come al termine non possa, in sostanza, essere attribuito il medesimo significato che assume in relazione al processo ordinario e all'arbitrato rituale. La differenza tra processo e arbitrato rituale, da un lato, e arbitrato contrattuale, dall'altro, è ritenuta tale da non permettere neppure un'applicazione analogica delle norme che regolano i primi al secondo. Il contraddittorio allora non viene considerato un canone processuale inderogabile, ma lo strumento attraverso il quale le parti, in qualsiasi modo e tempo, portano a conoscenza degli arbitri gli elementi necessari per la decisione della controversia (*rectius*: per la composizione transattiva della stessa).

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio, secondo App. Bologna 27 aprile 1962<sup>469</sup> - la cui massima afferma che «è nulla, per inosservanza del principio del contraddittorio, la pronuncia con la quale gli arbitri irrituali abbiano risolto le controversie ad essi deferite, omettendo di assumere dalle parti attraverso riunioni o scambi di corrispondenza i chiarimenti, le informazioni e i dati necessari per la definizione di tutti i rapporti controversi» - la sanzione che colpisce il lodo è la nullità. Tale sentenza, con una costruzione innovativa, fa risalire l'obbligo di osservare il contraddittorio (quale principio inderogabile di ordine pubblico)

---

<sup>467</sup> In *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Arbitrato*, n. 114, la cui massima è: «Se anche nell'arbitrato libero va rispettato il principio del contraddittorio, tuttavia questo non va inteso nel senso strettamente tecnico di presupposto processuale».

<sup>468</sup> V., per es., App. Trieste 9 febbraio 1962, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Arbitrato*, n. 52, la cui massima è «anche nell'arbitrato libero deve essere osservata una minima esigenza di contraddittorio, questo però non si articola in forme rigorose ed in fasi progressive, con prefissione di termini o depositi di documenti memorie e repliche, essendo sufficiente che l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta in qualche modo esplicare (anche se nel lodo non se ne faccia cenno espresso), tenuto conto, della pronuncia richiesta agli arbitri».

<sup>469</sup> In *Foro it.*, 1962, I, 377.

all'inserzione automatica nel contratto di mandato della relativa clausola ai sensi dell'art. 1339 c.c., con conseguente limitazione dell'autonomia delle parti a opera del richiamato obbligo imperativo, a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Altre sentenze, invece, in casi analoghi, parlano di annullamento<sup>470</sup>.

Vale peraltro la pena di ricordare, in conclusione, come alla sentenze che affermano la necessità del rispetto del principio del contraddittorio continuano comunque ad affiancarsi sentenze di segno diametralmente opposto.

Costituisce un esempio in tal senso Cass. 1 aprile 1965, n. 561<sup>471</sup>, la quale, partendo dal presupposto della differenza sostanziale tra arbitrato rituale e contrattuale e, di conseguenza, dall'inapplicabilità delle norme previste per il primo al secondo, afferma che in relazione all'arbitrato contrattuale possa parlarsi dell'obbligo di osservanza del contraddittorio come dell'obbligo di motivazione e, più in generale, di adempimento a specifici oneri procedurali da parte degli arbitri solo in relazione al contenuto dell'atto con il quale viene affidato l'incarico agli arbitri.

---

<sup>470</sup> V. Trib. Piacenza 25 giugno 1964, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Arbitrato*, n. 26, secondo la quale «la violazione del principio del contraddittorio è da ritenere causa di annullamento del lodo irrituale in quanto, data la natura negoziale dell'arbitrato libero e la sua riconducibilità allo schema del mandato, tale violazione concreta un eccesso da un limite (art. 1711, 1° comma c.c.) proprio del suddetto negozio, perché dettato dall'esigenza di rendere possibile l'attività deduttiva e difensiva delle parti in rapporto al materiale suscettibile di valutazione ad opera degli arbitri».

<sup>471</sup> In *Giust. civ.*, 1965, I, 2102.



**CAPITOLO 3: ARBITRATO CONTRATTUALE E GIUDIZIO: IL CONTRADDITTORIO COME CANONE DALLA DIMENSIONE PROCESSUALE.**

**SOMMARIO:** *1. La teoria cd. unitaria dell'arbitrato: le tesi di Carnacini e Fazzalari; 2. La diffusione in dottrina della teoria cd. unitaria; 3. L'atteggiamento della giurisprudenza dopo la diffusione della teoria cd. unitaria: sopravvivenza della visione "sostanziale" del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale; 4. Segue. Sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio in quanto principio processuale.*

**1. La teoria cd. unitaria dell'arbitrato: le tesi di Carnacini e Fazzalari.**

Nell'ambito dell'arbitrato contrattuale, in dottrina un vero e proprio cambiamento di prospettiva rispetto al passato si nota a partire dal 1968, anno in cui, in due diversi saggi pubblicati nella "Rivista di diritto processuale", Carnacini e Fazzalari ricostruiscono il fenomeno arbitrale contrattuale in modo innovativo.

Carnacini nel proprio saggio, significativamente intitolato "Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento"<sup>472</sup>, effettua un'analisi dell'arbitrato in relazione alle controversie di lavoro e, soffermandosi in particolare sull'arbitrato contrattuale – anche per l'ovvia ragione del divieto, esistente nella vigenza dell'originario codice di procedura civile del 1942, di compromettere in arbitri rituali le controversie di lavoro – sottolinea come la non giurisdizionalità dell'istituto non incida sul fatto che ci si trovi comunque di fronte a un terzo, il quale, essendo chiamato a pronunciarsi sulle posizioni sostanziali delle parti, è tenuto a muoversi e a

---

<sup>472</sup> In *Riv. dir. proc.*, 1968, 629 ss.

concedere alle parti di difendersi davanti a lui. «Non per nulla» sottolinea l'Autore «quando tra i litiganti s'inserisce chi abbia il compito di risolverne le controversie con poteri ed effetti che indifferentemente possono essere giurisdizionale od amministrativi o soltanto privatistici, sorge sempre la necessità, propria di ogni contenzioso, di porre in essere un pur ridotto procedimento, scelto caso per caso o fissato a priori, di cui non è lecito ignorare la rilevanza»<sup>473</sup>.

La necessità del rispetto del contraddittorio è sottolineata anche da Fazzalari<sup>474</sup>, il quale si pone il fine della ricerca di «un *ubi consistam*, cioè di un piano comune sul quale tutti gli arbitrati si possono collocare e dal quale risulti, poi, il compito di chi cerchi le peculiarità e la disciplina di ciascuno»<sup>475</sup>. Tale, per così dire, terreno comune di ciascuna forma di arbitrato viene reperito nel fatto che «gli arbitrati hanno rilevanza come attività di privati, contraddistinte dal presupposto della controversia (su di una situazione giuridica sostanziale), dal processo, dal giudizio». Pertanto anche l'arbitrato contrattuale – come quello rituale – presuppone la risoluzione di una controversia, con la conseguenza della necessità del giudizio «perché all'arbitro viene deferita la controversia, perché il suo *dictum* finale – consista in un mero atto di partecipazione intellettuale oppure in un atto di disposizione – deve plasmarsi sulla ricognizione degli elementi della controversia, sulla soluzione delle sue *quaestiones*, e darne conto». La ulteriore conseguenza è la necessità del processo affinché «ai fini della cognizione della controversia e del giudizio, i litiganti possono dire e contraddire sul piede di reciproca e simmetrica parità: il contraddittorio costituendo – quando anche i poteri dei contraddittori siano ridotti al minimo – contrassegno indefettibile del processo».

Fazzalari si allontana pertanto dalla ricostruzione dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio, al quale le parti possono far capo

---

<sup>473</sup> ID., *op. cit.*, 639.

<sup>474</sup> E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.

<sup>475</sup> ID., *op. cit.*, 460.

purché non vogliano che l'attività del terzo consista in un giudizio sulla lite. Quando, però, le parti vogliono un giudizio da parte del terzo, è necessario che le stesse siano poste in grado di prospettare le rispettive pretese, in posizione di simmetrica parità, e di pretendere che il terzo ne tenga e ne renda conto, senza che l'esonero dalle formalità della procedura – spesso previsto nei patti compromissori – possa essere interpretato come rinuncia al contraddittorio, il cui rispetto si pone come limite invalicabile imposto dallo Stato all'autonomia dei privati.

La teoria di Fazzalari si caratterizza pertanto per la riconduzione a unità (teoria cd. unitaria) del fenomeno arbitrale, ma in un senso opposto a quello tentato da Satta: mentre, infatti, quest'ultimo Autore riconduceva entrambe le forme di arbitrato all'arbitraggio, Fazzalari riscontra il punto in comune nell'esistenza di un processo finalizzato a risolvere, attraverso il giudizio e previo rispetto del principio del contraddittorio, una controversia, così che il punto di distinzione tra le due forme di arbitrato viene individuato nella diversa efficacia (di sentenza, in caso di arbitrato rituale; di contratto, in caso di arbitrato contrattuale) del lodo<sup>476</sup>.

## *2. La diffusione in dottrina della teoria cd. unitaria.*

La teoria unitaria ha trovato negli anni successivi larghissimo seguito in dottrina.

Collura, in una monografia dedicata allo studio dell'arbitrato libero<sup>477</sup>, rivolge la propria attenzione, in particolar modo, agli arbitrati organizzati dalle associazioni commerciali e dalle camere di commercio, la cui analisi permette di individuare dei veri e propri procedimenti, caratterizzati dalla possibilità per le parti di svolgere attività di allegazione di fatti, svolgimento di prove e presentazione di memorie difensive. Secondo l'Autore, peraltro, il

---

<sup>476</sup> Le idee manifestate per la prima volta – in relazione all'arbitrato contrattuale, nel citato saggio del 1968, saranno in seguito ribadite da Fazzalari in numerosi scritti: v., per tutti, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 307 ss.

<sup>477</sup> G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia* cit.

fatto che l'arbitrato rituale o contrattuale sia caratterizzato dal giudizio non prova che lo stesso abbia una struttura processuale, «quasi che la forma irrituale di arbitrato venga a mutuare quel minimo di "processualità" dall'arbitrato formale». Entrambe le figure di arbitrato sono caratterizzate dal procedimento, il quale «fino alla decisione, si svolge tutto sul terreno del diritto sostanziale ed è caratterizzato dal dato costante dello "*jus dicere*"», ed è «all'interno di questa attività di giurisdizione privata, in cui le parti chiedono al terzo da loro liberamente scelto di "*dicere*" lo "*jus*" nel caso concreto, che deve essere situata la possibilità che le parti facciano sentire, in piano di simmetrica parità, le loro ragioni e la necessità che l'arbitro ne tenga e ne renda conto»<sup>478</sup>. In tale ottica nessuna differenza strutturale può essere ravvisata nelle due forme d'arbitrato, che si distinguono esclusivamente per il differente modo di riconoscimento da parte dello Stato del prodotto dell'attività degli arbitri.

Barone<sup>479</sup> dedica un saggio al procedimento arbitrale e agli aspetti processuali anche dell'arbitrato contrattuale. L'Autore considera inaccettabili quelle teorie che negano rilevanza a profili processuali nell'arbitrato contrattuale (anche in virtù della concreta esperienza degli arbitrati commerciali e del diritto del lavoro) e ritiene pertanto che non sia difficile ipotizzare l'applicazione di regole procedurali, come quella del contraddittorio, anche a tale istituto. Quanto alle conseguenze dell'inosservanza del principio del contraddittorio, appare in prima istanza difficile, secondo l'Autore, riuscire a ricollegarvi l'invalidità del lodo contrattuale in assenza di una specifica indicazioni delle parti in tal senso.

Infatti, qualora le parti abbiano espressamente imposto agli arbitri di ascoltare le proprie ragioni prima della risoluzione della controversia, non si pongono particolari problemi, dal momento che l'invalidità del lodo deriverebbe, in ogni caso e al di là della violazione del contraddittorio, dall'abuso o eccesso di mandato. Altrettanto non può automaticamente dirsi

---

<sup>478</sup> ID., *op. cit.*, 201 ss.

<sup>479</sup> C.M. BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, III, Napoli 1979, 57 ss.

qualora gli arbitri, in assenza di specifiche indicazioni delle parti, abbiano deciso la controversia senza prima compiutamente ascoltarle. In realtà il problema deve essere risolto positivamente, *id est* nel senso della invalidità del lodo emanato senza il previo rispetto del contraddittorio, anche perché, in caso contrario, si configurerebbe un'ipotesi di diniego di tutela giurisdizionale di diritti, in contrasto con i principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In un saggio dedicato all'arbitrato<sup>480</sup>, Cecchella propone una nozione unitaria dell'arbitrato, inteso come «fenomeno autonomo la cui peculiarità è la risoluzione di una controversia giuridica attraverso un giudizio posto in essere da privati, e ciò sia che la risoluzione arbitrale prenda le forme rituali, sia che essa si svolga liberamente». L'arbitrato contrattuale, pertanto, al pari di quello rituale, «è strutturalmente un processo che sfocia in un giudizio sulla fondatezza delle pretese giuridiche in contrasto». E se, come sembra all'Autore, nell'ambito dell'arbitrato rituale gli unici aspetti che si impongono sulla volontà delle parti sono l'imparzialità dell'organo giudicante e il rispetto del principio del contraddittorio, appare difficile reperire un qualche tipo di diversità tra i due tipi di arbitrato, dal momento che anche l'arbitrato contrattuale, in quanto giudizio su controversia giuridica, non si sottrae né all'imparzialità dell'organo giudicante né, per quanto ai fini dell'analisi in corso maggiormente interessa, al contraddittorio. In tali conclusioni l'Autore è del resto confortato dall'entrata in vigore della riforma arbitrale del 1983, la quale, attribuendo efficacia al lodo rituale non depositato nella cancelleria del pretore ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, finisce per ammettere che il processo possa essere utilizzato per creare un prodotto differente dal lodo con effetti di sentenza, quali sono il lodo rituale non depositato e il lodo contrattuale. Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del principio del

---

<sup>480</sup> C. CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881 ss. Le opinioni espresse in tale saggio saranno in seguito ribadite in altre opere dell'Autore: v., per es., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 455 ss.; *L'arbitrato* (a cura di C. CECHELLA), Torino, 2005, 246 ss.

contraddittorio, la sanzione sarà la nullità del lodo per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Aderisce alla tesi unitaria anche Ricci, il quale, in un articolo in cui riporta un parere *pro veritate* reso dall'Autore su un caso reale e dedicato al contraddittorio nell'arbitrato contrattuale<sup>481</sup>, si pone il problema della possibilità di dichiarare invalido un lodo contrattuale per lesione del principio *de quo*, dando al quesito risposta positiva. In particolare, l'Autore ritiene necessario il rispetto del principio del contraddittorio, ai fini della validità del lodo, anche nell'ipotesi in cui le parti non abbiano previsto, nel patto compromissorio, alcuna pattuizione a tal fine. L'innegabile natura negoziale dell'istituto non deve trarre in inganno, dal momento che è necessario distinguere gli effetti del lodo, da un lato, e l'iter formativo dello stesso, dall'altro. Infatti «il negozio lodo irrituale ha una caratteristica tutta propria, che non è presente negli altri negozi: l'essere dovuto al "*dictum*" di un terzo, al quale le parti espongono le loro ragioni; ed è logico che il diritto tenga conto di questa sua particolarità, preoccupandosi di disciplinarne la formazione nel modo opportuno»<sup>482</sup>. Da tale caratteristica per così dire «ontologica» della formazione del lodo, anche contrattuale, deriva la necessità del rispetto del contraddittorio, anche nell'ottica del rispetto dell'art. 24 Cost., dal momento che, pur non avendo il lodo contrattuale valore di sentenza, del suo contenuto saranno costretti a tenere conto i giudici che siano in futuro chiamati a pronunciarsi sulla controversia dedotta in arbitri<sup>483</sup>.

Anche qualora non si volesse aderire alla ricostruzione offerta, cioè ritenere necessario il rispetto del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale indipendentemente da qualunque richiamo al principio che abbiano fatto le

---

<sup>481</sup> E.F. RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, 13 ss.

<sup>482</sup> ID., op. cit., 17.

<sup>483</sup> La necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito di arbitrato contrattuale era, in precedenza, già stata sottolineata dal medesimo Autore in altri saggi; v., per es., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 448 ss., nel quale parla di «processualizzazione» dell'istituto e dell'introduzione di modelli processuali quanto ai motivi di impugnazione del lodo, primo tra tutti il difetto di contraddittorio.

parti, non si potrebbe, secondo l'Autore, dubitare dell'obbligo del rispetto del contraddittorio nel caso – come quello in esame nel parere *pro veritate* – in cui le parti ne abbiano espressamente richiesto l'osservanza. In questo caso, infatti, l'applicazione dei principi che regolano il contratto di mandato – e, in particolare, l'art. 1711 c.c., che prevede che il mandatario non possa eccedere i limiti fissati dal mandato – ha come conseguenza l'inefficacia della determinazione arbitrale, proprio per la mancata corrispondenza dell'atto posto in essere dai mandatarî con le indicazioni fornite dai mandanti per la formazione dell'atto.

*3. L'atteggiamento della giurisprudenza dopo la diffusione della teoria cd. unitaria: sopravvivenza della visione "sostanziale" del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale.*

Le teorizzazioni della unicità del fenomeno arbitrale sono state precedute in giurisprudenza da alcune sentenze che affermavano la necessità del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale. Tuttavia, accanto a tali sentenze di tipo "innovativo", continuavano a essere presenti sentenze "di retroguardia" che, inquadrando l'arbitrato contrattuale attraverso lo schema dell'arbitraggio applicato alla transazione o al contratto di accertamento, sviscerano il ruolo e la portata del contraddittorio in tale tipo di arbitrato.

Con l'affermarsi in dottrina della cd. teoria unitaria, sul fronte giurisprudenziale si registra, da un punto di vista "quantitativo", il progressivo aumento delle sentenze, di legittimità e di merito, che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale (salvo poi, come si vedrà *infra*, di solito abbracciare una nozione del principio angusta e insoddisfacente); ma, da un punto di vista "qualitativo", il filone tradizionale ha continuato a sopravvivere.

Particolarmente significativa – a dimostrazione della sopravvivenza di una tale visione tradizionale del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale –

appare la sentenza 27 aprile 1979, n. 2451<sup>484</sup>, la quale afferma che «nell'arbitrato irrituale non è possibile invocare il principio del contraddittorio. Poiché non si è in presenza di un giudizio, in cui debba essere assicurata la necessaria dialettica delle parti ai fini dell'esposizione delle loro ragioni e della stessa possibilità di rilievo di esse da parte del giudice, ma si pone unicamente un problema di conoscibilità, da parte dell'arbitro, delle questioni controverse, affinché la sua determinazione non risulti viziata nel suo contenuto (errore essenziale di fatto)».

Tale sentenza, pertanto, aderisce a una visione dell'arbitrato contrattuale completamente opposta a quella sostenuta dalla teoria unitaria («l'arbitrato irrituale può condurre alla definizione della lite sia mediante una transazione, sia mediante un negozio di accertamento», afferma nella continuazione della massima), negando che si possa parlare di giudizio e di un procedimento all'interno del quale le parti, su di un piano di simmetrica parità, abbiano il diritto di far valere pienamente le loro ragioni. Il fine dell'attività delle parti è soltanto quello di rendere edotti gli arbitri di quali siano le questioni controverse (e, di conseguenza, si deve ritenere, degli elementi di fatto che ne stanno alla base), in modo da evitare che i mandatari non incorrano in un errore essenziale di fatto (*id est*: errore revocatorio analogo a quello di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.) nell'effettuare la loro determinazione. L'unico spiraglio concesso è che «le parti, nella loro autonomia, possano anche nell'arbitrato libero prescrivere l'adozione di talune forme o il rispetto di dati termini sotto pena di nullità. Nel qual caso le prescrizioni e i termini operano come elementi limitativi dei poteri dell'arbitro, con la conseguenza che l'eventuale determinazione emessa senza l'adempimento delle prescrizioni o l'osservanza dei termini stabiliti deve considerarsi inefficace, e cioè non vincolante per le parti, perché compiuta fuori dei limiti predetti».

Quindi è lasciata alle parti la possibilità di prescrivere agli arbitri forme e termini, con la conseguenza che gli arbitri saranno obbligati a rispettarli pena

---

<sup>484</sup> In *Rass. arb.*, 1979, 187 ss.



l'invalidità del lodo – per violazione, nell'ottica seguita dalla sentenza, delle norme sui limiti del mandato ex art. 1711 c.c. – ma non è prevista, in ogni caso, un'autonoma valenza del contraddittorio.

A principi sostanzialmente analoghi si ispira App. Milano 18 settembre 1990<sup>485</sup>. Secondo i giudici della Corte milanese, in caso di arbitrato contrattuale gli arbitri «sono chiamati a esprimere una soluzione transattiva, o comunque convenzionale, della vertenza ed operano quali mandatari delle parti, le quali hanno anticipatamente dichiarato di ratificare e far propria la volontà negoziale manifestata dagli arbitri nel lodo» e, di conseguenza, dal momento che non si tratta «della puntuale definizione di reciproci ragioni e torti, bensì della comune ricerca di un punto di convergenza dei rispettivi interessi delle parti, sia pur compiuta – se così può dirsi – per interposta persona attraverso l'opera degli arbitri mandatari delle parti stesse, allora non è più questione di garantire ai contendenti la parità delle armi, ma, semmai, di assicurare che gli arbitri siano posti in grado di conoscere e valutare adeguatamente i motivi della contrapposizione d'interessi che essi hanno l'incarico di comporre convenzionalmente». Anche in questo caso i giudici fanno salva la possibilità che le parti possano imporre agli arbitri il rispetto di alcune regole tipiche del contraddittorio, dubitando però che sia sufficiente «un mero e generico richiamo ai principi dello stesso».

Anche in questo caso, dunque, il contraddittorio finisce per perdere qualunque autonomia e viene considerato quale mero mezzo attraverso il quale portare gli estremi della controversia a conoscenza dei mandatari, in modo che questi ultimi possano esprimere la loro volontà. Con la conseguenza che, nel caso di specie, non è stato ritenuto idoneo a fondare la violazione del contraddittorio il fatto che, essendo stata disposta una consulenza tecnica, i consulenti di parte non siano stati fatti partecipare ad alcune delle operazioni e che gli arbitri abbiano assunto direttamente, senza interpellare le parti, alcune informazioni (relative al costo della manodopera

---

<sup>485</sup> In *Riv. arb.*, 1990, 555, con nota di V. VIGORITI, *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?*

occorrente per eliminare i difetti sui beni oggetto di causa) poi usate al fine di decidere la controversia.

Particolarmente interessante appare Cass. 18 gennaio 1992, n. 595<sup>486</sup>, non solo per il contenuto intrinseco della sentenza ma anche perché è possibile ricostruire l'intera vicenda che ne precede l'emanazione e reperire, all'interno di un'unica vicenda processuale, le differenti posizioni prima descritte.

In fatto, nel corso di un procedimento arbitrale la società x eccepiva il difetto di legittimazione attiva della controparte sig. Tizio, dal momento che le azioni sociali sulla base delle quali quest'ultimo aveva agito in giudizio sarebbero state cedute dalla società x non a Tizio ma alla società y, unica legittimata ad agire. Per risolvere il problema della legittimazione del sig. Tizio il collegio arbitrale, dopo che era già stata chiusa l'istruttoria, anziché decidere sulla base dei documenti prodotti o riaprire l'istruttoria sul punto, decideva, all'insaputa dei legali della società x, di interpellare la società y attraverso il difensore del sig. Tizio. A seguito della predetta richiesta, il legale rappresentante della società y faceva sapere di non avere nulla a pretendere dalla società x e riconosceva che l'unico legittimato a far valere i diritti nascenti dal contratto dedotto in arbitrato era il sig. Tizio. Ricevuta la comunicazione da parte della società y – soggetto, si ripete, terzo rispetto alle parti in causa –, senza aprire il contraddittorio sul contenuto della stessa, il collegio arbitrale decideva la controversia sulla base della comunicazione “irritualmente” ricevuta, condannando la società x.

Il lodo così emanato veniva impugnato dalla società x di fronte al Tribunale di Torino, facendosi valere, tra le altre cose, la violazione del principio del contraddittorio, dal momento che non solo era stato affidato, da parte del collegio, l'espletamento di un'attività istruttoria al difensore della controparte, ma di tale attività, avvenuta successivamente alla chiusura dell'istruttoria, la società x aveva preso contezza esclusivamente dalla lettura del lodo. Per “rafforzare” le proprie ragioni la società x faceva redigere un

---

<sup>486</sup> In *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1446; *Riv. arb.*, 1993, 45, con nota di E. FAZZALARI; *Foro pad.*, 1993, I, 40, con nota di M. RUBINO-SAMMARTANO.

parere *pro veritate* da parte del professor E.F. Ricci<sup>487</sup>, nel quale la lesione del principio del contraddittorio nel caso di specie viene reputata talmente grave «da configurarsi come ipotesi limite e quasi come caso di scuola». Il Tribunale di Torino<sup>488</sup>, sposando le tesi prospettate dalla società attrice, accoglieva la domanda di inefficacia del lodo, mettendo in evidenza che, anche nell'ipotesi di arbitrato contrattuale «il principio del contraddittorio è un imprescindibile requisito di validità del lodo arbitrale, anche nell'ipotesi in cui le parti non ne abbiano espressamente previsto il rispetto da parte degli arbitri; a maggior ragione gli arbitri sono obbligati a rispettare il contraddittorio quando – come nel caso in esame – abbiano ricevuto un esplicito mandato in tal senso in sede di accordo compromissorio».

La sentenza del Tribunale di Torino veniva però riformata in sede d'appello con la dichiarazione di validità del lodo, non essendo stata ravvisata una lesione del contraddittorio. La sentenza d'appello veniva impugnata da parte della società x con ricorso in Cassazione per violazione delle «norme sul contraddittorio e sul mandato nel senso che [la sentenza] non ha ritenuta l'invalidità della decisione arbitrale, nonostante che gli arbitri irrituali avessero operato senza rispettare il principio del contraddittorio e i criteri informativi del mandato ricevuto, sotto il duplice profilo dell'assunzione di prove come attività istruttoria d'ufficio e dell'utilizzazione dei risultati di prova, senza aver dato alle altre parti possibilità di interloquire sui dati acquisiti».

Di fronte all'esposta censura, la Cassazione, dopo aver abbracciato la lettura «estensiva» del contraddittorio (non ancorata cioè al dato letterale dell'art. 101 c.p.c. ma rivisitata sulla base del combinato disposto degli artt. 24, 2 e 3 Cost. e 6, par. 1 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) precisa che la violazione del principio «opera diversamente dal processo ordinario e, nello stesso arbitrato rituale, rispetto a fattispecie come

---

<sup>487</sup> E.F. RICCI, *Sul contraddittorio*, cit.

<sup>488</sup> V. la sentenza in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, 262 ss., con nota di C. COSSU.

quella in esame di arbitrato irrituale». In quest'ultimo caso infatti la violazione del contraddittorio si pone come abuso del mandato, che si verifica qualora gli arbitri, «nel redigere la soluzione contrattuale di tipo transattivo», non rispettino quanto stabilito nel contratto di mandato, essendo stati svincolati dal rispetto di formalità fatto salvo il contraddittorio.

La violazione del contraddittorio, pertanto, in caso di processo ordinario e arbitrato rituale si caratterizza come violazione del procedimento, denunciabile in ogni stato e grado del processo, mentre, in caso di arbitrato contrattuale, si risolve in un problema di ermeneutica negoziale, cioè in un accertamento riservato al giudice di merito purché correttamente motivato. L'applicazione dei suddetti principi al caso in esame porta alla conferma della sentenza impugnata e, quindi, del lodo originariamente emesso, in quanto le parti avrebbero avuto la possibilità di far valere le loro ragioni e, in particolare, con la richiesta di informazioni alla società y, gli arbitri non avrebbero abusato del mandato loro conferito dal momento che tale attività, finalizzata a fugare dubbi sulla legittimazione attiva del sig. Tizio, si sarebbe svolta anche nell'interesse della società x.

La sentenza, con nota contraria di Fazzalari<sup>489</sup>, non può che essere aspramente criticata sia per la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale che accoglie sia per i risultati pratici cui arriva.

Quanto al primo punto, innanzitutto la Cassazione espressamente abbraccia, come le sentenze precedentemente commentate, l'obsoleta interpretazione dell'arbitrato contrattuale in termini di negozio transattivo e non di processo e, in secondo luogo, afferma la necessità del rispetto del principio del contraddittorio come conseguenza dell'espressa indicazione in tal senso operata dalle parti e non come canone in ogni caso indefettibile.

Passando al piano dei risultati pratici, anche laddove, come nel caso concreto, le parti abbiano espressamente imposto agli arbitri il rispetto del contraddittorio, il contenuto di quest'ultimo appare evanescente, tanto che

---

<sup>489</sup> E. FAZZALARI, *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. arb.*, 1993, 48.

non viene ritenuta integrata la lesione del principio in un'ipotesi così grossolana da risultare quasi «di scuola».

Di analogo tenore appare Cass. 15 marzo 1995, n. 3032<sup>490</sup>. In questo caso la parte soccombente lamentava la violazione del principio del contraddittorio in quanto l'arbitro non l'aveva messa in condizione di esporre le proprie ragioni in ordine alla stima dei lavori compiuti e sull'esistenza di un'inadempienza. La Corte afferma che l'inderogabile principio sancito dal vecchio art. 816, comma 3, c.p.c., non è prescritto a pena di nullità nell'arbitrato contrattuale, nel quale «va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronunzia arbitrale voluta dai compromittenti: non vi si articola, quindi, necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive regolate dall'arbitro mediante prefissione di termini, nemmeno per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, essendo sufficiente che la loro attività assertiva e deduttiva si sia potuta esplicitare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronunzia».

Come messo in evidenza nella nota di commento<sup>491</sup>, in tale prospettiva il contraddittorio degrada a mero strumento finalizzato a far conoscere la controversia all'arbitro e la sua violazione non è in grado di per sé di incidere sulla validità del lodo, incombendo in ogni caso sulla parte soccombente l'onere di dimostrare che il mancato rispetto del principio abbia causato un errore essenziale di fatto, in assenza del quale la violazione rimane priva di effetti.

Ma in senso analogo vi sono anche pronunce più recenti.

Per esempio, Trib. Taranto 24 gennaio 1997<sup>492</sup>, che afferma che «la violazione del principio del contraddittorio nel corso di un arbitrato irrituale può assumere rilevanza ai fini dell'impugnazione del lodo qualora configuri un'ipotesi di errore che abbia inficiato la volontà contrattuale espressa dagli

---

<sup>490</sup> In *Riv. arb.*, 1997, 71, con nota di F. AULETTA.

<sup>491</sup> F. AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nòcciolo duro*, in *Riv. arb.*, 1997, 73.

<sup>492</sup> In *Rep. Giur. it.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 11.

arbitri» o Cass. 18 settembre 2001, n. 11678, secondo la quale «nell'arbitrato irrituale - quale vicenda che inizia e si esaurisce sul piano contrattuale - la violazione del principio del contraddittorio non si pone come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ai sensi dell'art. 1429 c.c., ossia come un errore degli stessi arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dai medesimi espressa, con la conseguenza che la sua deduzione comporta un'indagine sull'effettivo contenuto del mandato stesso, indagine riservata al giudice di merito e non censurabile in Cassazione, se correttamente e logicamente motivata».

Tra le ultime, nel senso appena ricordato, Cass., sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15353, secondo la quale «nell'arbitrato libero o irrituale, che si traduce in una regolamentazione contrattuale della contesa, la violazione del principio del contraddittorio non rileva come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato, e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ex art. 1429 c.c., ossia come errore degli arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dai medesimi espressa; ne consegue che la parte che impugna il lodo deve dimostrare in concreto l'errore nell'apprezzamento della realtà nel quale gli arbitri sarebbero incorsi, mentre il solo fatto di non essere stata ascoltata, di non aver ricevuto copia della memoria prodotta dalla controparte o di non aver potuto produrre a sua volta una replica non implica di per sé un vizio della volontà degli arbitri»<sup>493</sup>. Significativa risulta pure Cass. 16 marzo 2005, n. 5678, la quale, pronunciata in tema di perizia contrattuale ma esprimente, come tiene a precisare la Corte, un principio valido anche in tema di arbitrato irrituale, afferma che «nella perizia contrattuale (al pari di quanto si verifica nell'arbitrato irrituale) la decisione dei periti è impugnabile solo attraverso le tipiche azioni di annullamento e di risoluzione per inadempimento previste per i contratti e non attraverso gli strumenti accordati dal codice di procedura civile per i lodi rituali. Deriva da quanto precede, pertanto, che errori "in

---

<sup>493</sup> Non a caso, nella parte motiva della sentenza vengono richiamate Cass. 18 gennaio 1992, n.595 e Cass. 18 settembre 2001, n. 11678.

*procedendo*” o *“in iudicando”* posti in essere nella perizia contrattuale, comprensivi dei principi della collegialità e del contraddittorio, rilevano a condizione che si risolvano in cause di invalidità e, cioè, incapacità e vizi del consenso o di risoluzione».

Da *pendant* con l'insussistenza della necessità del rispetto del contraddittorio fa poi l'insussistenza dell'obbligo di motivazione, in quanto l'arbitro non definisce la lite mediante un giudizio ma attraverso una dichiarazione di volontà sostitutiva di quella delle parti.

In tal senso si esprime, per esempio, Cass. 18 aprile 1975, n. 1459<sup>494</sup>, secondo la quale «quando le parti diano mandato all'arbitro irrituale di comporre la controversia secondo lo schema della transazione, quegli non è tenuto a motivare le proprie disposizioni, anzitutto perché egli non svolge attività giurisdizionale, e poi perché la transazione per sua natura non richiede specificazioni e si giustifica, come tipo negoziale, con l'inopportunità o l'impossibilità di enunciazioni o accertamenti particolari sulla *res dubia* di fronte al vantaggio di consentire un risultato globalmente rispondente ai contrapposti interessi delle parti», ma il principio è affermato anche in sentenze più recenti<sup>495</sup>.

#### *4. Segue. Sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio in quanto principio processuale.*

Accanto a sentenze che limitano esplicitamente l'ambito di applicazione del contraddittorio, ve ne sono però altre che invece ribadiscono la necessità del rispetto del principio, in quanto elemento essenziale rispetto a ogni emanazione di giudizio.

Tale orientamento, a cui hanno fatto da preludio le sentenze degli anni '50 e '60 ricordate *supra*, viene ribadito, per esempio, da Cass. 29 ottobre

---

<sup>494</sup> In *Foro it.*, 1976, I, 1673.

<sup>495</sup> Come Cass. civ., sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15353.

1974, n. 3298<sup>496</sup>, la quale nella massima, pur sottolineando che nell'arbitrato *de quo* il contraddittorio non si articola necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive ed è sufficiente che l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicare in qualsiasi modo e tempo, afferma comunque la necessità del rispetto del principio.

Quando, tuttavia, è possibile leggere per esteso il contenuto delle sentenze, non si può non concordare con chi, in dottrina, ha sottolineato che «in sede applicativa, tuttavia, non sempre la giurisprudenza ha manifestato una concezione rigorosa del principio [del contraddittorio], propendendo per un indirizzo empirico destinato a negare la violazione del principio quando in concreto le difese delle parti hanno avuto in qualche modo la possibilità di interloquire sui temi essenziali della controversia o addirittura, nell'arbitrato irrituale, giungendo a negarla se le parti non si sono espressamente riferite al principio nel contratto di arbitrato o nel contratto di mandato agli arbitri»<sup>497</sup>.

In Cass. 5 marzo 1992, n. 2650<sup>498</sup> la Suprema Corte, in sintonia con le posizioni espresse dalla prevalente dottrina, afferma la necessità del rispetto del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale, indipendentemente da qualunque richiamo specifico che ne abbiano fatto le parti, le quali, pur in assenza del rispetto di forme rigorose, devono essere poste in grado di far conoscere le proprie ragioni e di conoscere le ragioni altrui. Tuttavia, quando si passa dal piano delle affermazioni di principio a quello dell'applicazione pratica, si è costretti a notare di nuovo un risultato non in linea con le aspettative. In fatto, l'arbitro, un tecnico non giurisperito, era chiamato a decidere su una richiesta di risarcimento danni da attività materiale di costruzioni su fondi altrui e richiedeva un parere tecnico-giuridico a un consulente esterno. Tuttavia non comunicava alle parti né il parere né le risultanze dei computi metrici eseguiti e dei "prezzi correnti" utilizzati ai fini della decisione. La parte soccombente lamentava la violazione del principio

---

<sup>496</sup> In *Gius*, 1997, 882.

<sup>497</sup> C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 197-198.

<sup>498</sup> Cass. 5 marzo 1992, n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, 48, con nota di E. FAZZALARI; *Giust. civ.*, 1993, I, 2781, nota di M. CIRULLI



del contraddittorio per non aver potuto interloquire sui predetti dati, ma la Cassazione rigettava il ricorso. Secondo la Suprema Corte, infatti, gli elementi in relazione ai quali si lamenta la violazione del principio del contraddittorio apparterrebbero alla fase finale del giudizio e cioè alla valutazione delle prove e delle domande delle parti, così che non sussisterebbe l'obbligo di previa comunicazione alle parti.

La decisione non sembra essere del tutto convincente dal momento che confonde elementi esterni alla fase di giudizio e quindi, in quanto tali, perfettamente conoscibili a opera delle parti, con dei momenti interni all'*iter* logico della decisione.

Un discorso analogo si può fare anche in relazione a sentenze più recenti.

Si prenda, a esempio, Cass. 9 marzo 2001, n. 3463, la quale, ha anzitutto affermato che nell'arbitrato contrattuale, traducendosi esso in una regolamentazione negoziale della contesa, gli arbitri non sono tenuti a prefissare dei termini nemmeno per quanto attiene al deposito di documenti e memorie e alle successive repliche, essendo sufficiente che le parti stesse abbiano avuto comunque, in qualsiasi tempo e modo prima della pronuncia arbitrale, la possibilità di esplicitare la loro attività assertiva e deduttiva. Sostiene poi che, assegnato alle parti termini per la presentazione di memorie, repliche e per la discussione, qualora si presenti la necessità di modificare tali termini (come avvenuto nel caso di specie per la proroga concessa al consulente tecnico d'ufficio per il deposito della sua relazione) gli arbitri restano vincolati, in virtù del generale principio di correttezza e buona fede, da questo loro comportamento e conseguentemente sono tenuti a fissare nuovi termini e a darne tempestiva comunicazione alle parti, avendo il comportamento tenuto in precedenza (circa la regolamentazione dell'attività delle parti) ingenerato in queste un legittimo affidamento sulla rigorosa regolamentazione, mediante la fissazione di termini, della loro attività. Pertanto, in sostanza, il principio che gli arbitri infrangerebbero con la mancata concessione di nuovi termini non è il contraddittorio, ma i differenti canoni di diligenza, collaborazione e buona fede incombenti sugli arbitri nell'esecuzione del mandato.

Pochi anni dopo Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975<sup>499</sup>, dopo aver richiamato la massima di Cass. 5 marzo 1992, n. 2650 (in base alla quale «anche nell'arbitrato contrattuale si impone il rispetto del principio del contraddittorio»), finisce per aderire alla configurazione della violazione dello stesso non già come vizio autonomo, ma «come un errore che, procedendo da violazione di limiti del mandato conferito agli arbitri, abbia inficiato la volontà contrattuale da costoro espressa, con la conseguenza che la sua deduzione determina un'indagine sull'effettivo contenuto del mandato ed apprezzamenti riservati al giudice del merito e non censurabili in Cassazione, se correttamente motivati ed ispirati ai criteri legali di ermeneutica contrattuale».

E lo stesso vale per Cass. 8 settembre 2004, n. 18049<sup>500</sup> che, dopo aver ribadito la necessità del rispetto del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale, ha ritenuto che non integri violazione del principio *de quo* il fatto che gli arbitri non abbiano proceduto ad ascoltare le parti, non abbiano loro comunicato le attività compiute e non abbiano redatto un verbale delle operazioni svolte. In primo luogo, secondo la Corte, il mancato compimento di alcuna di queste attività può essere considerato idoneo a incidere sulla validità del lodo, in assenza di specifiche indicazioni in tal senso contenute nel contratto di mandato. La parte infatti avrebbe dovuto dimostrare che tali attività erano state previste nel contratto di mandato come obbligo imprescindibile, in modo da permettere al giudice di merito di ricostruire l'effettivo contenuto dell'obbligazione degli arbitri. Nemmeno questo, però, sarebbe stato sufficiente, in quanto anche in caso di espressa violazione di una regola imposta dalle parti il lodo si sarebbe salvato dalla dichiarazione di invalidità qualora il ricorrente non fosse riuscito a dimostrare: che il mancato rispetto delle formalità processuali imposte avesse impedito di far acquisire al processo determinati elementi di fatto, che tale mancanza avesse viziato la

---

<sup>499</sup> In *Foro it.*, 2005, I, 1768, con nota di R. CAPONI.

<sup>500</sup> In *Foro it.*, 2005, I, 1768, con nota di R. CAPONI

volontà degli arbitri riversandosi nel lodo e che dette circostanze erano state dedotte ai giudici del merito.

All'esito delle considerazioni svolte, si può pertanto concludere che la nozione di contraddittorio accolta dalla giurisprudenza in ambito di arbitrato contrattuale sia, in ogni caso, da criticare.

E tale critica si impone non solo quando viene in sostanza negata la necessità del rispetto del principio ma anche quando, dopo affermazioni di principio tese a garantirlo, la violazione dello stesso viene considerata non come vizio autonomo ma come violazione del contratto di mandato ai sensi dell'art. 1429 c.c., cioè come un errore che abbia inficiato la volontà degli arbitri.

***CAPITOLO 4: IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELL'ARBITRATO  
IRRITUALE A SEGUITO DELL' INTRODUZIONE DELL' ART. 808-ter C.P.C.***

***SOMMARIO: 1. La riforma dell'arbitrato: il nuovo art. 808-ter c.p.c.; 2. Il principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale dopo la riforma; 3. La giurisprudenza degli ultimi anni.***

***1. La riforma dell'arbitrato: il nuovo art. 808-ter c.p.c.***

Come già messo in evidenza in relazione all'arbitrato rituale, sull'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale descritta nei paragrafi precedenti si è innestata la riforma dell'istituto arbitrale, che deve essere inquadrata all'interno del più generale fenomeno di riforma che ha investito ampi settori del processo civile nel corso degli anni 2005/2006.

In data 2 febbraio 2006 veniva approvato il decreto legislativo n. 40, recante «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80», la quale ultima, a sua volta, costituiva la conversione in legge con modifiche del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 («Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica delle procedure concorsuali»).

In particolare, per quanto riguarda l'arbitrato contrattuale, l'art. 1 della legge n. 80/2005 prevede che «le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla

disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare»<sup>501</sup>.

La delega ha trovato attuazione nell'art. 808-ter c.p.c., rubricato «Arbitrato irrituale», il quale, al primo comma, prevede che «le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo»<sup>502</sup>.

La norma costituisce sicuramente una novità all'interno del panorama legislativo del nostro ordinamento, dal momento che, per la prima volta, viene introdotta una disposizione avente a oggetto l'arbitrato contrattuale come istituto generale. In passato, infatti, numerose norme si erano limitate a

---

<sup>501</sup> Sulla delega in materia di arbitrato si vedano C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss. e C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 1189 ss.

<sup>502</sup> Sulla riforma dell'arbitrato si vedano, in generale: V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 61 ss.; V. BERTOLDI, sub art. 808 ter in *Codice di procedura civile commentato*<sup>3</sup>, a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO, Milano, 2007, 5710 ss.; ID., *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di C. Punzi* (in corso di pubblicazione); P. BIAVATI, sub art. 808 ter, in AA.VV., *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di F. Carpi, Bologna, 2008, 160 ss.; D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 821 ss.; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 99 ss.; ID., sub art. 808 ter, in *La riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2007, 1148 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *www.judicium.it*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2a ed., Padova, 2006, 164 ss.; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2a ed., Padova, 2008, in particolare 409 ss.; F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 4a ed., IV, 362 ss.; F.P. LUISO, B. SASSANI, sub art. 808 ter, in *Commento alla riforma*, Milano, 2006, 261 ss.; M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 867 ss.; ID., *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2007, 36 ss.; P.L. NELA, sub art. 808 ter c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2007, II, 1630 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.; C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 395 ss.; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, III, 258 ss.; G. RAMPAZZI, sub art. 808 ter, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5a ed., a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Padova 2006, 2171 ss.; B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it*, 2007; ID., voce *Arbitrato irrituale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2007, 112 ss.; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale (art. 808-ter c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 2007, 555 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2a ed., Torino, 2006, 32 ss.; ID., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 665 ss.

prendere atto dell'emersione dalla pratica e a regolare, in modo più o meno esaustivo, forme di arbitrato irrituale in specifici e settoriali campi<sup>503</sup>.

Come è stato possibile apprezzare nell'analisi svolta nei paragrafi precedenti, erano sostanzialmente due le posizioni che si confrontavano in ordine al problema della natura dell'arbitrato contrattuale. La prima – tradizionale ma tuttora sostenuta da parte della dottrina –, riportando l'arbitrato contrattuale alla figura dell'arbitraggio di cui art. 1349 c.c., afferma la sostanziale e ontologica differenza tra le sue forme di arbitrato; la seconda, attualmente sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che considera arbitrato rituale e contrattuale due *species* di un unico *genus*, caratterizzato dall'esistenza di una controversia da decidere, da un processo e da un giudizio.

L'intervento del legislatore non è risultato decisivo al fine di sopire i contrasti, anche perché, a una direttiva di delega che ad alcuni non è apparsa del tutto limpida<sup>504</sup>, è seguita una norma di legge che presenta, effettivamente, dei punti idonei ad alimentare i contrasti.

La norma ha comunque alcuni punti chiari.

In particolare, non sembra discutibile – ed è anzi sottolineato con forza – che alla «determinazione contrattuale», con la quale gli arbitri definiscono la «controversia», non si applichino la disposizione dell'art. 824-*bis* c.p.c., che sancisce l'equiparazione degli effetti tra il lodo rituale e la sentenza e quella dell'art. 825 c.p.c., relativo alla possibilità, per il lodo rituale, di ottenere il decreto di *exequatur* da parte dell'autorità giudiziaria. Così come, allo stesso modo, non sono applicabili le norme relative all'impugnazione del lodo (artt.

---

<sup>503</sup> Si fa riferimento, soprattutto ma non esclusivamente, all'arbitrato in materia di lavoro. Nella vigenza del c.p.c. del 1940, la materia era caratterizzata dal divieto assoluto di compromettere le controversie in arbitri rituali, con norma inderogabile sia a livello di contrattazione individuale che collettiva. Ciononostante nella prassi si erano sviluppati arbitrati di tipo contrattuale, derogatori rispetto alla normativa codicistica, fino al primo riconoscimento formale, in un testo di legge, contenuto all'art. 7, ult. comma, legge 15 luglio 1966, n. 604. Per un approfondita analisi della materia si rinvia C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 206 ss.

<sup>504</sup> Di direttiva «per certi versi non chiara» parla, per esempio, M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr cit.*, 39; di direttiva «non certo nitidissima» C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 409.

827 ss. c.p.c.), essendo prevista una specifica disciplina relativa ai motivi di impugnazione del lodo e alla competenza del giudice.

Allo stesso modo, è chiarito che la scelta delle parti a favore dell'arbitrato contrattuale debba essere fatta per iscritto, da ritenersi a pena di nullità. In dottrina si è pertanto correttamente messo in evidenza che la scelta a favore dell'arbitrato irrituale non potrà desumersi da espressioni quali «amichevoli compositori» o «senza formalità di procedura»<sup>505</sup> ovvero dall'accettazione del lodo come se fosse stato dalle parti voluto ovvero ancora dal mancato richiamo di espressioni quali «giudizio», «processo», «controversia» etc. ovvero, infine, dalla previsione di inappellabilità o di esonero dal deposito del lodo<sup>506</sup>.

Tale disposizione mette fine all'annosa querelle relativa alla qualificazione da dare al lodo in presenza di dubbi interpretativi relativi alla sua natura, che vedeva schierate su opposte posizioni: da un lato, la giurisprudenza<sup>507</sup> e, dall'altro, la dottrina maggioritaria<sup>508</sup>.

---

<sup>505</sup> Secondo M. MARINELLI, *op. loc. cit.*, non sarebbero idonee a escludere la ritualità dell'arbitrato neppure espressioni quali «arbitrato irrituale» e «procedere in via irrituale», non essendo sufficienti a garantire l'esistenza di una reale volontà di ottenere una composizione contrattuale della controversia.

<sup>506</sup> V. G. TOTA, *op. cit.*, § 2.

<sup>507</sup> Per la quale, in caso di dubbio, si doveva optare per l'irritualità dell'arbitrato: in tal senso, *ex multis*, Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398, secondo la quale «al fine di accertare se una determinata clausola compromissoria configuri un arbitrato rituale o irrituale, deve aversi riguardo alla volontà delle parti desumibile dalle regole di ermeneutica contrattuale, ricorrendo l'arbitrato rituale quando è da ritenersi che le parti abbiano inteso demandare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice e ricorrendo invece un arbitrato irrituale quando debba ritenersi che abbiano inteso demandare ad essi la soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio d'accertamento, ovvero strumenti conciliativi o transattivi. Nel caso in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti, si deve optare per l'irritualità dell'arbitrato, tenuto conto che l'arbitrato rituale, introducendo una deroga alla competenza del Giudice ordinario, ha natura eccezionale». Si veda però, in senso contrario, Cass. 2 luglio 2007, n. 14972, in *Contratti*, 2007, 987, secondo la quale «costituendo l'arbitrato irrituale un istituto atipico, derogatorio dell'istituto tipico regolato dalla legge e sfornito delle garanzie previste dal legislatore, deve ritenersi che, in mancanza di una volontà derogatoria chiaramente desumibile dal compromesso o dalla clausola compromissoria, il riferimento delle parti alla soluzione di determinate controversie mediante arbitrato normalmente costituisce espressione della volontà di fare riferimento all'arbitrato rituale, ossia all'istituto tipico regolato dal codice di procedura civile».

<sup>508</sup> La quale, invece, ha sempre sostenuto l'opposto principio *in dubio pro arbitrato rituale*: in tal senso, per esempio, E. FAZZALARI, *In dubio pro ... arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, 518 ss. e G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2a ed., Torino, 2006, 35.

Tuttavia, come dimostrano i contributi dei commentatori, l'art. 808-ter c.p.c. si presta a letture divergenti.

Secondo parte della dottrina l'art. 808-ter, comma 1, avrebbe infatti sancito l'accantonamento della teoria cd. unitaria, riportando definitivamente l'arbitrato contrattuale nell'alveo della figura dell'arbitraggio. I fautori di tale lettura ritengono di trovare argomenti a sostegno della propria tesi già nella legge-delega<sup>509</sup> e, nonostante la non limpida formulazione della disposizione, nella sua attuazione attraverso l'art. 808-ter c.p.c. Si fa riferimento all'espressione «determinazione contrattuale», utilizzata dal legislatore per definire l'esito dell'arbitrato irrituale e dalla quale sembrerebbe desumersi la struttura di tale tipologia di arbitrato come «contratto *per relationem* in cui la determinazione degli arbitri/mandatari – al pari di quella dell'arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c. – funge da referente»<sup>510</sup>. Particolarmente suggestiva, in tal senso, risulta essere l'utilizzazione, da parte del legislatore della riforma, del sostantivo «determinazione», già utilizzato nell'art. 1349 c.c. per definire il responso dell'arbitratore.

Sempre nella stessa ottica della differenziazione tra le due forme di arbitrato andrebbero lette la previsione dell'impugnabilità del lodo, in via di

---

<sup>509</sup> V. M. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., § 1, secondo il quale «il senso della delega era limpido. In essa non si voleva riconoscere l'unicità, strutturale e funzionale, del fenomeno arbitrale, ossia non si voleva affermare che le regole dettate dal codice di procedura civile debbano tendenzialmente essere applicate anche all'arbitrato libero, salva espressa volontà contraria delle parti e salva comunque la diversa disciplina relativa ai mezzi d'impugnazione del lodo. Piuttosto, nella citata direttiva della delega si voleva chiarire, una volta per tutte, il rapporto tra arbitrato rituale ed arbitrato libero, tornando, se così possiamo dire, all'inizio della sua storia, ossia a quanto la citata sentenza della Corte di cassazione di Torino del 1904 aveva affermato, vale a dire che ben i privati possono, se vogliono, costruire una figura di arbitrato diversa da quella disciplinata dal codice di procedura civile, una figura tutta fondata sull'autonomia delle parti e, quindi, disciplinata secondo i principi che il codice civile detta per i contratti. Insomma la delega, superando gli assunti della c.d. teoria unitaria, che aveva negli ultimi anni portato gran parte della dottrina ad avvicinare l'arbitrato libero a quello rituale, voleva tornare chiaramente a distinguere le due tipologie di arbitrato nel modo in cui naturalmente si distinguono i fenomeni giuridici, ossia, prima che per il loro *nomen*, per le discipline giuridiche ad essi collegate».

<sup>510</sup> 444 La definizione è di M. MARINELLI, *op. cit.*, 40; v. però le osservazioni di G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 671, secondo il quale l'espressione non è coerente con la definizione di arbitrato contrattuale sostenuta dai fautori del contratto *per relationem*, dal momento che la determinazione dell'arbitro dovrebbe porsi come un mero atto giuridico inglobato nella convenzione d'arbitrato.



azione, di fronte al «giudice competente secondo le disposizioni del libro I»<sup>511</sup> e, soprattutto, l'inciso – posto nella parte finale del primo comma dell'art. 808-ter - «Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo», che sancirebbe la non applicabilità delle norme del titolo dedicato all'arbitrato – salvo, naturalmente, lo stesso art. 808-ter – qualora le parti abbiano optato per l'arbitrato contrattuale<sup>512</sup>.

Tuttavia la lettura prospettata – se può trovare degli appigli testuali nel primo comma dell'art. 808-ter c.p.c. – diventa difficilmente sostenibile alla luce del secondo comma, il quale prevede l'annullabilità del lodo contrattuale «1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio».

Appare *ictu oculi* l'analogia tra i motivi che permettono l'annullamento del lodo contrattuale e i vizi di nullità del lodo rituale.

A dire il vero la difficoltà di coordinare i motivi di annullamento del lodo *ex art. 808-ter*, comma 2, c.p.c. con l'affermata natura dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem* appare in tutta la sua portata agli stessi oppositori della teoria unitaria.

---

<sup>511</sup> Con una netta differenza, quindi, rispetto alla impugnazione per nullità regolata prevista per l'arbitrato rituale, che può essere interpretata come una vera e propria impugnazione «di secondo grado».

<sup>512</sup> Nel senso della tendenziale inapplicabilità all'arbitrato contrattuale delle norme previste dal codice per l'arbitrato rituale propendono tutti gli autori che si oppongono alla teoria cd. unitaria: v., in termini, M. BOVE, *op. loc. cit.*; M. MARINELLI, *op. cit.*, 39-40, il quale, peraltro, ritiene che il legislatore non abbia voluto escludere l'applicazione di tutte quante le disposizioni previste per l'arbitrato rituale, ostando a tale interpretazione anche l'espressa previsione dell'inapplicabilità al lodo contrattuale dell'art. 825 c.p.c., che, in tale ottica, risulterebbe pleonastica; C. CONSOLO, *Le impugnazioni cit.*, 410; ma anche G. VERDE, *op. cit.*, 671-672 e P. BIAVATI, *sub art. 808-ter cit.*, 168-169.

Per esempio, Consolo, senza mezzi termini afferma che nell'art. 808-ter c.p.c. sono confluiti «due orientamenti ricostruttivi della natura dell'arbitrato – e, così, delle due forme arbitrali – che, per molti versi, appaiono irriducibilmente opposti». L'Autore, dopo aver ribadito la propria adesione alla tesi dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem*, afferma che l'ovvia conseguenza sarebbe stata quella dell'impugnabilità della determinazione contrattuale per i vizi che consentono l'impugnazione dei negozi e non la previsione di «motivi di impugnativa ... pensati per giudizi di impugnazione processuali»; così da concludere ritenendo «la norma errata in radice»<sup>513</sup>.

In termini sostanzialmente analoghi si era espresso Marinelli<sup>514</sup>, il quale ritiene che «dal congiunto operare delle norme di cui si compone il nuovo art. 808-ter c.p.c. scaturisce un ibrido di difficile interpretazione».

La predetta *impasse* nel coordinamento tra i due commi dell'art. 808-ter c.p.c. è però superabile qualora si aderisca all'opposta tesi che ricostruisce l'arbitrato contrattuale in termini analoghi a quello rituale.

Appare infatti più corretto l'approccio di quella parte della dottrina che tenta di interpretare nel modo più coerente l'intero complesso delle disposizioni dell'art. 808-ter c.p.c. e il suo rapporto con la direttiva di delega.

Partendo infatti dalla legge delega, la stessa in effetti sembra sì «limpida», ma nel senso opposto a quello affermato da Bove. Nel momento in cui, infatti, il legislatore delegante afferma che le norme in tema di arbitrato dovessero trovare «sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale», la delega è chiara nell'affermare che il complesso di norme di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. debba trovare in ogni caso – *id est*: nell'ipotesi di arbitrato contrattuale, oltre che rituale – applicazione, «con l'esclusione di quelle norme che fondano la differenza tra le due forme

---

<sup>513</sup> C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 409 ss.

<sup>514</sup> M. MARINELLI, *op. cit.*, 41-42.

di arbitrato (e cioè quelle relative all'*exequatur* e alle impugnazioni)»<sup>515</sup>. Questa, se si segue il significato letterale delle parole, non può che essere l'unica possibile interpretazione della delega. Si tratta poi di vedere come la stessa sia stata attuata e come, alla luce di questa, interpretare la norma delegata.

Quanto al modo in cui la delega è stata attuata, si può notare come gran parte della dottrina abbia, sotto diversi aspetti, criticato la formulazione del nuovo art. 808-ter c.p.c. E la critica si appunta, anzitutto, sulla definizione data dal legislatore al provvedimento finale degli arbitri contrattuali, e cioè «determinazione contrattuale». Quanto al sostantivo, si può notare che – data la nota esistenza delle divergenze dottrinali e giurisprudenziali relative all'interpretazione della figura dell'arbitrato contrattuale e, soprattutto, considerata la volontà di definitivamente accantonare la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem* ancorato alla figura dell'arbitraggio – sarebbe stato forse più opportuno utilizzare una differente definizione (per es., decisione, lodo etc.), in modo da evitare qualsiasi richiamo all'art. 1349 c.c., nel quale, in relazione alla figura dell'arbitraggio, si parla di deferimento al terzo della «determinazione» della prestazione dedotta in contratto. Maggiori equivoci può creare, però, l'aggettivo contrattuale. Come messo in evidenza dalla dottrina, la definizione di determinazione (e di lodo) contrattuale è in ogni caso impropria, dal momento che «è difficile immaginare che il lodo sia un contratto, perché non si vede come esso possa costituire il risultato di un accordo tra gli arbitri, da un lato, e le parti in lite, dall'altro lato, volendo rispettare la definizione dell'art. 1321 c.c.»<sup>516</sup>.

Dal momento che, tuttavia, non è possibile ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi al lodo come a un contratto, l'aggettivo «contrattuale» necessariamente va a sottolineare la differenza tra i due tipi di arbitrato in relazione agli effetti degli stessi, in quanto solo l'atto finale dell'arbitrato

---

<sup>515</sup> In tal senso F.P. LUISO, *op. cit.*, 366; F.P. LUISO, B. SASSANI, *op. cit.*, 263.

<sup>516</sup> Le parole sono di G. VERDE, *op. ult. cit.*, 673; in senso analogo, per es., G. TOTA, *op. cit.*, § 1.

regolato dall'art. 808-ter c.p.c. e non di quello rituale è destinato ad avere effetti negoziali e non di sentenza<sup>517</sup>.

Le indicazioni della legge delega permettono di interpretare correttamente anche la parte finale del primo comma dell'art. 808-ter c.p.c., nella parte in cui afferma che «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo».

Non si nasconde che, a una prima lettura, la norma potrebbe essere interpretata nel senso di negare in radice l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. all'arbitrato contrattuale. Come detto in precedenza, una tale lettura dell' inciso non può, però, che essere esclusa se effettuata *secundum Constitutionem*, cioè armonizzando la norma delegata con i criteri contenuti nella legge delega<sup>518</sup>. E tale lettura armonizzata con le indicazioni deducibili dalla legge-delega porta a interpretare l'inciso *de quo* nel senso che le norme che regolano in via generale l'arbitrato sono applicabili anche all'arbitrato contrattuale; e, qualora le parti non abbiano esplicitamente optato per l'arbitrato contrattuale, la disciplina applicabile sarà quella di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. nella sua totalità. Come è stato messo infatti in evidenza da accorta dottrina<sup>519</sup>, il fatto che l'art. 808-ter c.p.c. imponga di applicare le norme in tema di arbitrato rituale ogni volta in cui non vi è una esplicita scelta a opera delle parti a favore dell'arbitrato contrattuale è cosa differente dall'affermare che le norme in tema di arbitrato rituale siano inapplicabili in caso di arbitrato contrattuale.

Pertanto, o vi è una scelta chiara e inequivocabile a favore della determinazione contrattuale e, in questo caso, si applicano comunque le disposizioni previste in tema di arbitrato, salvo quelle la cui applicabilità è espressamente negata (artt. 824-bis e 825 c.p.c.) ovvero quelle con essa incompatibili e fatto salvo in ogni caso il potere delle parti di prevedere

---

<sup>517</sup> Nello stesso senso, G. TOTA, *op. cit.*, § 1, secondo la quale con l'utilizzazione dell'aggettivo contrattuale il legislatore non ha inteso altro che marcare l'alterità *quoad effectum* tra i due tipi di arbitrati.

<sup>518</sup> Così V. BERTOLDI, *op. cit.*, § 3.

<sup>519</sup> P.L. NELA, sub art. 808 ter cit., 1646.

norme derogatorie; «altrimenti» si applica in blocco la disciplina in tema di arbitrato rituale.

L'interpretazione riportata, che si ritiene di condividere in pieno, ha non solo il pregio di essere in sintonia con la direttiva di delega, ma permettere di leggere in modo più armonico e senza forzature interpretative l'intero art. 808-ter c.p.c.

Infatti, l'opposta lettura pone dei problemi difficilmente superabili in relazione all'interpretazione del terzo comma dell'art. 808-ter c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità al lodo contrattuale della norma relativa al deposito del lodo nella cancelleria del tribunale ai fini della concessione del decreto di esecutività. Che senso avrebbe, infatti, ricordare che non si applica una specifica norma se nella parte iniziale dello stesso articolo fosse sancita l'inapplicabilità *in toto* della disciplina prevista per l'arbitrato rituale? La norma, come è stato notato<sup>520</sup>, sarebbe pleonastica se il suo unico fine fosse quello di rafforzare il principio sancito poco prima in via generale<sup>521</sup>.

Non solo. Tale opzione interpretativa sconfesserebbe quella giurisprudenza che, progressivamente e in modo sempre più ampio, ha ritenuto di poter applicare all'arbitrato contrattuale una serie di disposizioni previste per l'arbitrato rituale<sup>522</sup>.

Più in generale, però, l'interpretazione accolta permette di coordinare così il primo comma con i motivi di annullamento del lodo contrattuale contenuti nel secondo comma della disposizione. Infatti, l'analisi dei motivi di impugnazione del lodo contrattuale non fa che rafforzare la tesi che vede nell'arbitrato contrattuale un processo che ha il proprio esito in un giudizio. Tra i motivi di annullamento – della tassatività o meno dei quali si discute,

---

<sup>520</sup> Per esempio da M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 879, nota 53.

<sup>521</sup> E infatti chi sostiene l'opposta opzione interpretativa è costretto, in relazione al comma 3 dell'art. 808-ter, a ritenere che l'ultimo inciso dell'art. 808-ter sia «dettato semplicemente *ad abundantiam*»: così M. BOVE, sub art. 808 ter, in *La riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di S. MENCHINI, 1151.

<sup>522</sup> Per esempio in tema di applicabilità dell'art. 810 c.p.c.: v., in tal senso, Cass., S.U., 3 luglio 1989, in *Riv. arb.*, 1991, 61, successivamente seguite da altre sentenze in termini.

sebbene l'opzione a favore della tassatività sembri preferibile<sup>523</sup> – elencati dal legislatore non sono infatti più presenti taluni dei vizi che, in precedenza, la giurisprudenza riteneva idonei a inficiare la validità del lodo. Si fa riferimento, in particolare, ai motivi sottostanti alle azioni contrattuali, e cioè a errore<sup>524</sup>, violenza e dolo di cui all'art. 1425 ss. c.c., all'impugnativa per eccesso di mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c. nonché a quella per manifesta iniquità o erroneità della determinazione del terzo ai sensi dell'art. 1349 c.c.<sup>525</sup>.

Quelli introdotti dalla riforma sono invece motivi di natura schiettamente processuale, incompatibili con la definizione del lodo come atto di volontà delle parti ma anche come atto di volontà del terzo inteso come autonomo atto negoziale<sup>526</sup>. Si prenda, a mero titolo di esempio, il motivo di annullabilità di cui al n. 1 dell'art. 808-ter comma 2: la possibilità di annullare il lodo perché gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale presuppone che la relativa «eccezione» sia stata sollevata nel corso del «procedimento arbitrale». Si parla di un procedimento all'interno del quale deve essere sollevata, a pena di decadenza

---

<sup>523</sup> Tale è, per esempio, l'opinione di M. MARINELLI, *Arbitrato* cit., secondo il quale non è possibile ritenere che i motivi di annullabilità del lodo di cui all'art. 808-ter possano essere estesi in via interpretativa. Nello stesso senso B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale* cit., § 2, secondo il quale i motivi sono «tendenzialmente esaustivi», fatta eccezione per la violazione dell'ordine pubblico. In realtà, più in generale, sembra da condividersi l'idea – espressa, tra gli altri, da G. TOTA, *op. cit.*, § 4 e C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche* cit., 276 – secondo la quale rimangono spendibili nei confronti del lodo i motivi di nullità radicale, quali, oltre alla violazione dell'ordine pubblico, l'incompromettibilità della controversia, l'inesistenza del patto compromissorio, la contrarietà a norme inderogabili.

<sup>524</sup> Da intendersi come errore essenziale di fatto – analogo a quello che fonda, ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. la revocazione ordinaria della sentenza – ma non come errore di diritto: in tal senso, per es., Cass. 15 settembre 2004, n. 18577, in *Impresa*, 2004, 2008. In dottrina si veda per tutti C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 260.

<sup>525</sup> Quanto a quest'ultimo motivo, la sua inutilizzabilità rispetto al lodo contrattuale viene sostenuta anche da chi, come G. VERDE, *op. cit.*, 674, non ritiene che i motivi contenuti all'art. 808-ter c.p.c. siano esaustivi, sulla base della considerazione che l'art. 1349 c.c. presuppone la mancanza di autonomia nella determinazione del terzo. Vale, peraltro, la pena di sottolineare come la utilizzabilità, avverso il lodo contrattuale, dell'impugnativa di cui all'art. 1349 c.c., fosse in generale negata dalla giurisprudenza, fatta salva l'ipotesi della manifesta iniquità dovuta a dolo di cui all'art. 1349, comma 2, c.c. Per una tale ricostruzione v. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale* cit., 190 ss.

<sup>526</sup> V. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale* cit., § 2.

della possibilità di far valere il relativo vizio, un'eccezione: niente di più lontano da un atto negoziale e dal suo procedimento di formazione. Ma un discorso analogo può essere fatto per gli altri motivi di impugnazione.

Al n. 4 è prevista, in analogia alla nuova norma di cui all'art. 829, comma 1, n. 7 che l'annullabilità derivi dal mancato rispetto delle regole (processuali, di rito) che le parti abbiano imposto agli arbitri: ed è chiaro che l'imposizione di regole processuali non è compatibile con il processo di formazione di un contratto.

Allo stesso modo non è compatibile con il processo di formazione del contratto la violazione del principio del contraddittorio, dal momento che, come è stato messo in evidenza, «un problema di contraddittorio e difesa non sorge mai nel corso di una contrattazione»<sup>527</sup>.

Pertanto, e conclusivamente, si può osservare come non sembrano sussistere dubbi circa la scelta, operata dal legislatore, a favore di un modello contrattuale analogo e non diametralmente opposto a quello rituale.

## *2. Il principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale dopo la riforma.*

Focalizzando, infine, l'attenzione sul principio del contraddittorio – oggetto specifico di questa analisi – occorre mettere in evidenza, come già ricordato nei paragrafi precedenti, che l'espressa previsione della violazione dello stesso come motivo di invalidità del lodo non costituisce, a differenza (di almeno alcuni) degli altri motivi di cui al comma secondo dell'art. 808-ter c.p.c., una novità assoluta, nel senso che, in modo più o meno coerente, da tempo la giurisprudenza aveva affermato la necessità del rispetto del principio anche all'interno dell'arbitrato contrattuale.

Tuttavia l'espressa previsione dello stesso e il suo raffronto con gli altri motivi di annullabilità del lodo previsti dall'art. 808-ter c.p.c. impone qualche piccola riflessione.

---

<sup>527</sup> P.L. NELA, sub *art. 808 ter* cit., 1646.

In primo luogo, è stato messo in evidenza come la legge-delega preveda la necessità del rispetto del principio del contraddittorio in modo autonomo rispetto ai vizi del procedimento propriamente intesi. Da ciò sembra potersi trarre, anzitutto, il corollario che il principio del contraddittorio non costituisca un vizio del procedimento in senso proprio, dal momento che l'importante è che il contraddittorio sia rispettato in concreto, al di là delle forme del processo<sup>528</sup>.

Inoltre, così come il rispetto delle forme processuali che le parti abbiano eventualmente imposto agli arbitri non è automaticamente in grado di assicurare il rispetto del contraddittorio (con la conseguenza che il lodo, non annullabile ai sensi dell'art. 808-ter n. 4, lo sarà invece ai sensi del successivo n. 5), allo stesso modo, in senso inverso, il mancato rispetto di quelle forme non importa necessariamente il mancato rispetto del contraddittorio (con la conseguenza che il lodo, non annullabile ai sensi dell'art. 808-ter n. 5 perché il contraddittorio è stato in concreto assicurato, lo potrebbe essere ai sensi del n. 4 per vizio del procedimento).

Quanto poi all'estensione in concreto del principio, è stato sottolineato che «la sua concreta delimitazione darà non poco lavoro alla giurisprudenza»<sup>529</sup>.

Per esempio, si è ritenuto che, in considerazione della mancata previsione dell'errore di fatto revocatorio tra i motivi di annullamento del lodo, tale vizio – finora riconosciuto come idoneo a inficiare la validità del lodo – possa essere recuperato attraverso l'ipotesi della violazione del contraddittorio, «poiché il fallace convincimento dell'arbitro (che ha, ad es., ritenuto pacifico un fatto contestato o viceversa contestato un fatto implicitamente ammesso) esita una decisione inaspettata, che si impernia su di uno snodo ritenuto non controverso dalle parti e per tale ragione rimasto fuori dalla dialettica difensiva dei contendenti»<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> V. F.P. LUISO, B. SASSANI, *op. cit.*, 264.

<sup>529</sup> Così P. BIAVATI, *op. cit.*, 175.

<sup>530</sup> V. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 412.



Al di là dei singoli esempi che possono essere fatti, l'espressa previsione dell'annullabilità del lodo per violazione del principio del contraddittorio non sembra possa avere altra conseguenza se non quella di estendere, anche all'arbitrato contrattuale, le stessa disciplina applicabile, in caso di violazione del contraddittorio, in relazione all'arbitrato rituale.

### *3. La giurisprudenza degli ultimi anni.*

Verso l'entrata in scena dell'art. 808-ter la giurisprudenza muove dei timidi passi.

In una delle prime sentenze edite dalla Cassazione<sup>531</sup> successivamente alla riforma del 2006, ad esempio, arbitrato rituale e irrituali vengono sì assimilati quanto alla natura privata di entrambi, con l'ulteriore affermazione che la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può impernarsi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice.<sup>532</sup> Non si arriva, però, a concludere la configurabilità, per l'arbitrato irrituale, di un giudizio. Quest'ultimo è configurato ancora come uno strumento negoziale delle controversie, in cui le parti, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro volontà, si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà.<sup>533</sup>

È in Cass. 25 febbraio 2014, n. 16164, che l'arbitrato irrituale, pur avendo natura negoziale, assume la forma di regolamentazione eteronoma degli interessi in conflitto. Nel caso di specie, la Corte, chiamata a pronunciarsi in merito alla diligenza degli arbitri, affermando che quest'ultima deve essere valutata in riferimento all'oggetto dell'incarico conferito, si riferisce

---

<sup>531</sup> Cass. 18 aprile 2007, n. 14972.

<sup>532</sup> ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ.

<sup>533</sup> allo stesso modo Cass. 10 maggio 2007, n. 10705; Cass. 25 settembre 2013, n. 24552; Cass. 29 maggio 2014, n. 6125.

all'arbitrato irrituale come a un procedimento al termine del quale, previa definizione del *thema decidendum*, si pronuncia una decisione secondo diritto o equità e nel rispetto del principio del contraddittorio con ciascuna delle parti che svolge attività di allegazione, eccezione e prova su di un piano di parità.

## ***Conclusioni***

Al termine della disamina effettuata, si intende adesso richiamare succintamente gli approdi ai quali si è giunti.

In ordine alla prima parte di analisi, riguardante il principio del contraddittorio nell'ordinamento, la principale constatazione riguarda la dimensione effettiva del principio in esame, come adempimento agli imperativi costituzionali del "giusto processo" nel tentativo di improntare un processo ai canoni di giustizia.

In merito all'arbitrato rituale, se consolidato risulta ormai l' "*an*" del rispetto del principio del contraddittorio, il punto di maggiore criticità si riscontra nel "*quomodo*" dell'attuazione dello stesso. La giurisprudenza infatti, ad indice della costante misura con la concretezza della fattispecie esaminata, asserisce il rispetto del principio del contraddittorio secondo una valutazione in concreto, in relazione cioè al tipo di attività difensiva effettivamente svolta dalle parti e non legato all'aspetto formale della concessione dei termini, svalutando così completamente il rapporto tra il procedimento e il risultato che dallo stesso scaturisce: la qualità della decisione prevale sulla pienezza dell'attuazione delle garanzie processuali, quasi che la piena attuazione del contraddittorio o la sua mancanza possano essere elementi sostanzialmente irrilevanti qualora rimanga ferma la giustizia e correttezza della decisione finale.

Da quanto emerso sull'arbitrato irrituale, a seguito dell'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c. il rispetto del principio del contraddittorio non sembra più essere messo in discussione né da dottrina né da giurisprudenza. A riguardo continuano però a resistere remore, soprattutto da parte della giurisprudenza, nel riconoscere anche all'arbitrato irrituale la forma di processo, sebbene non osti, in proposito, il diverso regime e la differente efficacia del lodo irrituale.

## ***Bibliografia***

1. G. ALPA, *L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale*, in ID., (coordinato da), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, I, 235
2. M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1879, 31-37 e 223-245.
3. V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 61 ss.
4. V. ANDRIOLI, *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292-297.
5. V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi* (nota a Cass., Sez. III, 13 febbraio 1940, n. 517), in *Foro it.*, 1940, I, 814
6. V. ANDRIOLI, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 125
7. V. ANDRIOLI, *Nota a Cass. 23 maggio 1947, n. 805*, in *Foro it.*, 1948, I, 22-23.
8. V. ANDRIOLI, *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292
9. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1957, I, 282-283.
10. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Napoli 1960-61, 28-29, 37-38.
11. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Napoli 1964, 823-832.
12. V. ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi Rom.*, 1964, 444 ivi 455.
13. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 314-321.
14. V. ANDRIOLI, *Un po' di "Materiellejustizrecht"*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 960
15. C. ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 323-343.

16. G. ARPAIA, *Domande nuove e rispetto del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale* (nota ad App. Napoli, 9 gennaio 1997, n. 1), in *Rass. avv. stato*, 1997, I, 184-186.
17. T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308, ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205 ss.
18. T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. it. sc. comm.*, 1936, 1 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 233 ss.
19. T. ASCARELLI, *Sui cosiddetti collegi arbitrali per la liquidazione del danno*, in F. AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nocciolo duro* (nota a Cass. 15 marzo 1995, n. 3032), in *Dir. arb.*, 1997, 73-78.
20. F. AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nocciolo duro* (nota a Cass. 15 marzo 1995, n. 3032), in *Dir. arb.*, 1997, 73-78.
21. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123-1143.
22. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3<sup>a</sup> ed., Milano 2005, 313 ss.
23. M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Archivio giur.*, 1903, LXX, 60.
24. G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006, 152.
25. G. BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110.
26. L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 126-163 e 247-269.
27. J. C. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 1-18.
28. C.M. BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, III, Napoli 1979, 57-99.
29. A. BAUMBACH, *Zivilprozess und freiewillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, 583.
30. G. BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20.

31. F. BENVENUTI, voce Contraddittorio (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 738.
32. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1936, 87 ss.
33. A. BERLINGUER, *Contraddittorio e consulenza tecnica* (nota a collegio arbitrale Genova, 2 dicembre 1993), *Riv. arb.*, 1994, 762-768.
34. V. BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*.
35. F. BENVENUTI, voce Contraddittorio (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 738 ss.
36. E. BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 947 ss.
37. P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1159 ss.
38. P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45.
39. D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 821 ss.
40. D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in AA.VV., *L'arbitrato*, Bologna, 2007, diretto da CARPI, 321.
41. D.G. BONGIORNO, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, 757.
42. M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688-744, in particolare 712 ss.
43. M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
44. M. BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479 e ss.
45. M. BOVE, sub art. 808-ter c.p.c., in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1182 ss.
46. M. BOVE - SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40

47. A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*.
48. B. BRUNETTI, *Sulla natura e sull'impugnabilità del compromesso irrituale*, in *Foro pad.*, 1950, I, 463.
49. B. BRUNETTI, *Brevi considerazioni in margine all'arbitrato irrituale*, in *Foro pad.*, 1952, III, 126.
50. D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2° C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 414 e in *Judicium.it*
51. D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*.
52. V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 42, ivi 48.
53. P. CALAMANDREI, *"Il processo come giuoco"*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 26 e ss.
54. P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1950, 278 e ss.
55. P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, 252 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 1 ss. spec. 36.
56. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537-562.
57. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 628-702.
58. L. CALIENDO, *In tema di arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52.
59. G.P. CALIFANO, *Sub. artt. 299-305 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato (aggiornamento)* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), Torino 2001, I, 540-582.
60. G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005.

61. G. CALOGERO, *Contraddizione*, in *Enc. it.*, XI, Roma 1961, rist. 1949, 246 a-b.
62. G. CALOGERO, *Contraddittorio*, in *L.U.I.*, V, Roma 1970, 380.
63. G. CALOGERO, *Filosofia del dialogo*, 1970, 380.
64. C. CALVOSA, *Interruzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino 1962, 926-935
65. F. CAMMEO, *Nota a Cass. Torino 12 ottobre 1893*, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 133 ss.
66. F. CAMPIONE, *La domanda di arbitrato tra libertà delle forme e principio del contraddittorio*, *Riv. Arb.*, 2013.
67. G. CANALE, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale* (nota a Trib. Torino 13 aprile 1987), in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 109-112.
68. G. CANALE, *Sub art. 83-bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di A. JORIO), Torino 2006, 1335 ss.
69. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza e varietà* in *Opere*, V, Milano, 1959, 71.
70. R. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1170-1172.
71. B. CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 17 e ss.
72. B. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.
73. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 499 e ss.
74. M. CAPPELLETTI-V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 604-650.
75. T. CARNACINI – M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 648 ss.
76. T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 874-923.



77. T. CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 629-645.
78. F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 439.
79. F. CARNELUTTI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 121.
80. F. CARNELUTTI, *Accettazione del lodo improprio da parte dei compromittenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 54.
81. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, II, 154 ss.
82. F. CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio* in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1949, 165 e ss.
83. F. CARNELUTTI, *Pronuncia arbitrale fuori dai limiti del compromesso*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 22.
84. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 99-100.
85. F. CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 197.
86. F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 389 ss.
87. F. CARPI, *Sospensione dell'esecutività del lodo omologato e tutela del diritto di difesa*, in *Riv. arb.*, 1992, 440-445.
88. F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1-23.
89. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 27, ivi 36 e ss.
90. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 71-112.
91. B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 357 ss.
92. B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. Dir. Proc.* 2010, 1 e ss.

93. C. CECCHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881.
94. C. CECCHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano 1990.
95. C. CECCHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, in particolare 134-140.
96. C. CECCHELLA, *Mancata formulazione della domanda e violazione del contraddittorio nell'arbitrato* (nota a collegio arbitrale Roma, 22 novembre 1990), in *Dir. arb.*, 1991, 848-850.
97. C. CECCHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Dir. arb.*, 1995, 213-236.
98. C. CECCHELLA, *Il nuovo motivo di nullità del lodo rituale per violazione del contraddittorio (art. 829, comma I, n.9, c.p.c.) ed un atteso indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Dir. arb.*, 1996, 298-301.
99. C. CECCHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005.
100. C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano 2007.
101. C. CECCHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61.
102. C. CECCHELLA, *Il processo civile dopo vent' anni di riforme*, Milano, 2010, 543.
103. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575, ora in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 174 ss.
104. S. CHIARLONI, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 335 ss.
105. S. CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 e ss.
106. S. CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 498.
107. S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2008, 144 e ss.
108. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli 1940, I.
109. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (ristampa), Napoli, 1965.

110. B. CIACCIA CAVALLARI, *Prospettive di interruzione nel procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 188 ss.
111. M. CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale* (nota a Cass. 5 marzo 1992, n. 2650), in *Giust. civ.*, 1993, I, 2783-2804.
112. M.G. CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo art.111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 278 e ss.
113. E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 407-425.
114. P. COGLIOLO, *Arbitrati senza le forme rituali*, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496.
115. P. COGLIOLO, *Clausole arbitrali imperfette*, in *Dir. comm.*, 1924, II, 102 ss.
116. P. COGLIOLO, *Ancora una parola sugli arbitrati non rituali*, in *Dir. comm.*, 1924, I, 237-238.
117. A. COLASURDO, *Appunti sull'arbitrato irrituale* (nota a Cass. 16 maggio 1962, n. 1070) in *Giust. civ.*, 1962, I, 2162.
118. V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577-619.
119. G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, in particolare 171-202.
120. L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova 1970, 155.
121. L.P. COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1150-1168.
122. L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del), I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma 1987, §§ 1.-5. (pp. 1-12 dell'estratto).
123. L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino 1989, 1 ss.

124. L.P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1994, 153-174.
125. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2003, 29.
126. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 71 e ss.
127. L.P. COMOGLIO, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio (nota a Cass. 27 luglio 2005, n. 15705)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747-762.
128. L.P. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 78.
129. L.P. COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 759 e ss.
130. C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.
131. C. CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73, ivi 77.
132. C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 1189 ss.
133. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2a ed., Padova, 2006, 164 ss.
134. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2a ed., Padova, 2008, in particolare 409 ss.
135. C. CONSOLO-GODIO, *'Sub' articolo 101*, in CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Milano, 2009.
136. F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss.

137. G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba*, 2000, 25 e ss.
138. G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1012 e ss.
139. C. COSSU, *Arbitrato e principio del contraddittorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 269.
140. E.J. COUTURE, *"La garanzia costituzionale del dovuto processo legale"*, in *Riv dir proc.*, 1954, I, 81.
141. F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 21 ss.
142. G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3 ed., Torino 2005.
143. V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.
144. V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217-231.
145. V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 443-464.
146. F. DE SANTIS, *La garanzia del contraddittorio nel procedimento di exequatur del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2001, 135-147.
147. L. DE GREGORI, *In tema di arbitrati irrituali. – Nullità degli arbitrati irrituali con obbligo di decidere secondo le regole del diritto*, in *Dir. comm.*, 1924, II, 147 ss.
148. G. DE SEMO, *Compromesso - "Arbitrium boni viri" - Mandato peritale*, in *Dir. comm.*, 1915, I, 17 ss.
149. F. U. DI BLASI, *L'arbitrato nel diritto processuale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 692.
150. A. DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 104.

151. A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico* (a cura di G. SCHIANO DI PEPE), Padova 2007, 278 ss.
152. P. D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 344
153. M. ELIA, *In tema di arbitrato* (nota a Cass. 9 agosto 1948, n. 1447), in *Giur. compl cass. civ.*, XXVII, 1948, 3°, 275-277.
154. M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 6 e ss.
155. M. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264.
156. G. FABBRINI, voce *Potere del giudice* (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, XXXIV, 721.
157. E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861-880.
158. E. FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 298-318.
159. E. FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 118-198.
160. E. FAZZALARI, *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano 1967, 117-137.
161. E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459-482.
162. E. FAZZALARI, *Processo. Teoria generale*, in *Nss. D. I.*, XIII, Torino, 1969, 1067-1076.
163. E. FAZZALARI, *I processi nell'ordinamento italiano (lezioni)*, Padova 1973.
164. E. FAZZALARI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile*, in , 80-124.
165. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, s.d., ma 1986, 819-836.

166. E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1-11.
167. E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss
168. E. FAZZALARI, *Processo di arbitrato libero* (nota a Cass. 18 gennaio 1992, n. 595 e Cass. 5 marzo 1992, n. 2650), in *Dir. arb.*, 1993, 51-56.
169. E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Dir. arb.*, 1993, 583-587.
170. E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 102.
171. E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 56.
172. E. FAZZALARI, *Sulla "libertà di forme" del processo arbitrale*, in *Dir. arb.*, 1999, 637-641.
173. E. FAZZALARI, *Contraddittorio e motivazione* (nota a Cass. 21 settembre 2001, n. 11936), in *Dir. arb.*, 2001, 687-688 (anche su *Foro it.*, 2002, I, 444).
174. M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli 1937, 134 ss.
175. C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, anno XLIX, N.s., n. 33, Città di Castello 1984.
176. C. FERRI, *L'oggetto del contraddittorio tra le parti*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, 451-469.
177. C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 780-795.
178. A. FINOCCHIARO, *Interruzione del processo* (diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XXII, Varese, 1972 428-454.
179. C. FURNO, *Sul regime d'impugnazione degli arbitrati liberi* (nota a App. Torino 15 febbraio 1938), in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25.
180. C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.

181. C. FURNO, *Limiti di applicazione e tutela del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267-276.
182. T. GALLETTO, *Il biancosegno*, in ALPA, (coordinato da), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, I, 218.
183. C. GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, il contraddittorio sulle questione rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale, in Taruffo (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna 2010, 98 e ss.
184. E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* (nota a App. Roma 7 ottobre 1946), in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 248-264.
185. M.F. GHIRGA, sub *art.816 bis*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI), *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1253 ss.
186. M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, commentario diretto da MENCHINI, Padova, 2010, 205.
187. D.GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1185 ss.
188. D. GIACOBBE, *La prova*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, Torino, 2009, 737 ss. 738 e ss.
189. A. GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 1999, 393-407.
190. A. GILI, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata* (nota a Cass. 24 luglio 1993, n. 8293), in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1044-1050.
191. R. GIORDANO – LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss.
192. G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3-94.
193. A. GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti X Convegno nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano 1975, 169.



194. A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, "Nuova retorica" e teoria del processo, in *Sociologia del dir.*, 1986, 81 e ss.
195. A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, 1988, 549 e ss.
196. M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 826 e ss.
197. M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano 1963, 73-153.
198. M. GRANDI, *Arbitraggio, arbitrato irrituale e applicazione dell'art. 1349 c.c.*, in *Riv. dir. lav.*, 1972, II, 305 ss.
199. E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 e ss.
200. E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Dir. arb.*, 1993, 1-12.
201. E. GREGO, *Sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, in *Dir. comm.*, 1918, II, 97 ss.
202. E. GREGO, *Ancora sui cosiddetti "compromessi irrituali"*, in *Dir. Comm.*, 1919, II, 419 ss.
203. D. GROSSI, *Sulla legittimità del deposito di memorie e documenti dopo la scadenza del termine fissato dagli arbitri* (nota a collegio arbitrale Vicenza, 9 aprile 1990), in *Dir. arb.*, 1993, 259-263.
204. M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, 1049 ss.
205. A. GUALTIERI, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di clausola compromissoria e di procedimento di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* (nota a Cass. 12 febbraio 1968, n. 470), in *Giust. civ.*, 1968, I, 1016
206. A GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez, civile, XIII, Torino, 1995, 155 ss.
207. S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova 1990.

208. S. IZZO, *Omessa formulazione dei quesiti e rituale proposizione della domanda di arbitrato* (nota a Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472) in *Riv. arb.*, 2003, 320-332.
209. S. LA CHINA, *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007.
210. L. LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, 211-235.
211. L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 373-387.
212. M. LAZZARA, Sub art. 83-bis l.f., in *Il nuovo fallimento* (a cura di F. SANTANGELI), Milano 2006, 365 ss.
213. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria e su alcune sue clausole particolari*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, 35.
214. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Questioni varie in tema di liquidazioni delle avarie comuni. Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, II, 274.
215. S. LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti compromessi irrituali*, in *Foro it.*, 1926, I, 1065
216. A. LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1201-1216.
217. A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, Milano 1965.
218. E.T. LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 89
219. E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio e la costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 128-129.
220. E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore - Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese 1968, 130-134 (già in *Mon. Trib.*, 1966, 607 ss.).
221. F. G. LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitri* (estratto dagli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche*,

- economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina, 1931-32, vol. VI), Messina, 1933, 16 ss.*
222. F. P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano 1975.
  223. F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.
  224. F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in Capponi Verde (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, Napoli, 2002, 57 e ss.
  225. F. P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?* (nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637), in *Giust. civ.*, 2002, I, 1612.
  226. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Milano 2013, I-IV.
  227. F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 2006.
  228. F.P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*.
  229. M. MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in G.FICHERA-M.MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 436
  230. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 18<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, 116-123.
  231. C. MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31..
  232. G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino 1966.
  233. G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 610 ss.
  234. R. MARENGO, *Successione nel processo*, in *Enc. dir.*, LXIII, Milano, s.d. ma 1990, 1393 ss.
  235. R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 299-316.

236. R. MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 793 ss.
237. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale – Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002, in particolare 190-251.
238. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale – Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002, in particolare 190-251.
239. M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 867.
240. M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2007, 36 ss.
241. L. MARMO, *Arbitrato rituale ed arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2025 ss.
242. G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino 1959, 459-461.
243. G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.-App. II*, Torino 1981, 604-606.
244. F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova 1969.
245. F. MAZZARELLA, *Note minime in tema di arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Giur. merito*, 1969, I, 335.
246. F. MAZZARELLA, *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 62-92.
247. G. MENCARELLI, *L'istituto dell'arbitrato irrituale nel diritto italiano*, in *Nuovo diritto*, 1933, 405 ss.
248. A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 211 e ss.
249. A. MINOZZI, *Il foglio in bianco come accettazione anticipata dei giudizi arbitrali*, in *Studi in onore di C. Fadda*, IV, Napoli, 1906, 385.
250. G. MIRABELLI – D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli 1997.
251. L. MONTELEONE, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863-874.

252. L. MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.
253. L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 441 ss.
254. L. MONTESANO, *“La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929, ivi 930.
255. L. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1683.
256. A.MORDIGLIA, *Prelevamento di combustibile dal carico per necessità della nave*, in *Dir. mar.*, 1951, 59.
257. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., III, Milano, 1923, 42 e 234.
258. C. NAPOLITANO, *Questioni processuali arbitrali* (nota ad App. Torino 27 aprile 1951), in *Foro pad.*, 1951, I, 745 ss.
259. A. NASI, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1961, 720-728.
260. P.L. NELA, Sub art. 808-ter c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.
261. P.L. NELA, Sub art. 816-bis c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.
262. P.L. NELA, Sub art. 816-sexies c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.
263. R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, 321-369.
264. E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale* (a cura di C. CECHELLA), Milano 2006.
265. E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.
266. G. PANZA, voce *Ordine Pubblico (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.
267. E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 1929, I, 130 ss.

268. S. PATTI, voce *Prova civile*, in *Il Diritto Enc. Giur*, Milano, 2008, 385 ss.
269. G. PERA, *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 334 ss.
270. M. PESCATORE, *La logica del diritto (frammenti di dottrina e giurisprudenza)*, Roma, 1883, in particolare pagina 70.
271. N. PICARDI voce. *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. Dir.* XXXV, Milano, 1986, 115.
272. N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673-681.
273. N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2003, 7 ss.
274. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 5, 229 e ss.
275. G. PISANELLI, "Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al senato del regno del 26 novembre 1863" in GIANZIANA, *Codice di procedura civile preceduto dalle relazioni ecc*, IV TORINO 1889 n.38, p.21.
276. M. PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 55 e ss.
277. A. PROTO PISANI, Sub art. 101 c.p.c., in *Comm. Allorio*, Torino 1973, 1084-1097.
278. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 e ss.
279. A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265, ivi 267 e ss.
280. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, 2002, 203.
281. A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221.

282. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970.
283. C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano 1963.
284. C. PUNZI, *Il procedimento per la dichiarazione di esecutività del lodo arbitrale: normativa senza giudizio con contraddittorio differito e garanzia del diritto di difesa* (nota a Corte cost. 4 marzo 1992, n. 80), in *Giur. cost.*, 1992, 823-830.
285. C. PUNZI, voce *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1998.
286. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000.
287. C. PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim dir e proc civ.* 2002, 749 ss.
288. C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.
289. C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 2007, 395 ss.
290. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino 2008, III.
291. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, 561.
292. R.R., *Poteri degli arbitri in tema di prove e delle parti circa il lodo che abbiano dichiarato "non appellabile"* (nota a Cass. 17 luglio 1953, n. 2368), in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, II, 68-70.
293. G. RAMPAZZI, Sub art. 808-ter, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5<sup>a</sup> ed., Padova 2006, 2171 ss.
294. G. RAMPAZZI, Sub art. 816-bis, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5<sup>a</sup> ed., Padova 2006.
295. G. RAMPAZZI, Sub art. 816-sexies c.p.c., in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5<sup>a</sup> ed., Padova 2006, 2203-2204.

296. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di SANTINI e MAFFETTONE, Milano, 2008, 96 e ss.
297. E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1939, 196-198.
298. E. REDENTI, *Il "contraddittorio" davanti alla Corte costituzionale*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, 309-317.
299. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1954, III, 445-487, in part. 470 n. 268.
300. N. RESTAINO, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento arbitrale e decisorietà del lodo* (nota a Cass. 14 marzo 1953, n. 611), in *Giur. compl cass. civ.*, 1953, V, 100-102.
301. L. RESTAINO, *Sub. Art. 83-bis l.f.*, in *La riforma della legge fallimentare* (a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI), Torino, 2006, I, 491-492.
302. M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. Giur.*, LXX, 1903, 60-95
303. E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 24 maggio 1968, n. 1583), in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703-715.
304. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974.
305. E.F. RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 436-451.
306. E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159-162.
307. E.F. RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. Arb.*, 1987, 13-23.
308. G.F. RICCI, *Sub art. 816 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 262 ss.
309. G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1-24.



310. G.F. RICCI, *La sentenza della "terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 750 e ss.
311. G.F. RICCI, Sub art. 816-bis c.p.c., in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna 2008, 353 ss.
312. G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009*, n. 69, Torino, 2009, 21 e ss.
313. G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1994, 307- 311
314. A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 38 ss.
315. L. ROVELLI, *Arbitrato irrituale e figure affini*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 229 ss.
316. M. RUBINO SAMMARTANO, *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*, in *Foro Pad.*, 1990, I, 278.
317. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il contraddittorio negli arbitrati rituali e irrituali*, in *Foro pad.*, 1993, I, 48-49.
318. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2005.
319. G. RUFFINI, Sub art. 820 c.p.c., in *Codice di procedura commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 2<sup>a</sup> ed., Milano 2000, II.
320. G. RUFFINI, Sub art. 816-bis c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3<sup>a</sup> ed., Milano 2007, III, 5856-5873.
321. G. RUFFINI, Sub art. 816-ter c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3<sup>a</sup> ed., Milano 2007, III, 5873 ss.
322. A. SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, *Riv. Arb.*, 2002, 672.

323. L. SALVANESCHI, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio* (nota a Cass. 27 settembre 1994, n. 7872), in *Corr. Giur.*, 1995, 327-329.
324. L. SALVANESCHI, *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale* (nota ad App. Milano 25 settembre 1998, n. 2589), in *Riv. arb.*, 1999, 723-730.
325. L. SALVANESCHI, Sub art. 816-sexies c.p.c., in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 1299 ss.
326. P. SANDULLI, *Il contraddittorio nel “processo aziendale disciplinare”* (nota a Pret. Milano 26 marzo 1976), in *Riv. dir. proc.*, 1976, 857-870.
327. F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, I, 272 ss.
328. F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1956, 1 ss.
329. F. SANTORO-PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1956, 1157 ss.
330. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 1975, 52-53.
331. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), §§ 1-6.
332. B. SASSANI, *La durata ragionevole del processo civile*, in Capponi Verde (a cura di), *Atti del Convegno di Studi*, Campobasso, 2000, 85 e ss, ivi 86.
333. B. SASSANI - TISCINI, 'Sub' art. 101, in SASSANI - SALETTI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009.
334. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931.
335. S. SATTA, *Meditazioni sull'arbitrato*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova 1970 3-20.

336. S. SATTA, *Chiose*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova 1970, 21-39.
337. S. SATTA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano, 1971, 278.
338. S. SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arb.*, 1974, 1-8.
339. S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 280-281.
340. G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, estratto dagli *Annuali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, 89 ss., spec. 104.
341. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1958, 276-303.
342. G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1967, 23-24, 27, 163-164.
343. A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496.
344. A. SIRACUSANO, *Omologazione del lodo arbitrale e contraddittorio* (nota a Pret. Roma, ord. 1° giugno 1991), in *Riv. arb.*, 1992, 72-81.
345. D. SIRACUSANO, sub art. 816 c.p.c., in *Codice di procedura civile* (a cura di N. PICARDI), Milano 2004, 2408.
346. P. SORACE, *Arbitrati formali e arbitrati liberi*, Roma 1932.
347. A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429.
348. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389-434.
349. M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139.
350. M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997.
351. M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 476.
352. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 99 e ss., 116 e ss., 122 e ss., 196 e ss.

353. M. TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 e ss.
354. G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193-248.
355. G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634-658.
356. G. TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1991, 451 ss.
357. G. TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 657, ivi 665.
358. G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 10 e 17.
359. F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Dir. arb.*, 1991, 743-755.
360. G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale (art. 808-ter c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 2007, 555 ss.
361. N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 965 e ss.
362. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo" in Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell' Elba, 9-10 giugno 2000*, 36 e ss.
363. N. TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in AA. VV., *Il nuovo art. 111 della Costituzione ed il giusto processo in materia civile*, a cura di Capponi Verde, Atti del Convegno di Studi, Campobasso, 2000, 27, ivi 49.
364. R. VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio* (nota ad App. Milano 24 marzo 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 405.

365. R. VECCHIONE, *Arbitrato irrituale - eccesso dai limiti del mandato* (nota a Trib. Crema 29 maggio 1954), in *Foro pad.*, 1955, I, 823.
366. R. VECCHIONE, *Gli arbitri amichevoli compositori, la rinuncia al deposito e alle impugnazioni e l'arbitrato irrituale* (nota ad App. Brescia 21 dicembre 1955), in *Foro pad.*, 1956, I, 189.
367. R. VECCHIONE, *Lodo libero dichiarato esecutivo e litispendenza* (nota a Cass. 18 luglio 1957, n. 2995), in *Foro pad.*, 1957, I, 1189.
368. R. VECCHIONE, *Il biancosegno nell'arbitrato irrituale* (nota ad App. Bologna 8 maggio 1952), in *Temì*, 1953, 7.
369. R. VECCHIONE, *Lodo per biancosegno e pronuncia fuori dei limiti del compromesso* (nota ad App. Venezia 2 maggio 1955), in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 1059.
370. R. VECCHIONE, *Qualche passo indietro in tema di arbitrato libero* (nota a Cass. Brescia 26 gennaio 1956, n. 230), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 661.
371. R. VECCHIONE, *Il principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota ad App. Milano 16 ottobre 1952), in *Foro pad.*, 1953, I, 33.
372. R. VECCHIONE, *Violazione del principio del contraddittorio e nullità del lodo per mancata escussione di tutti i testi* (nota ad App. Milano 10 aprile 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 1209.
373. R. VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, I, 178-180.
374. R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971.
375. C.M. VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Atti del convegno dell' Elba*, Milano, 2000, 113.
376. G. VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, 425 ss.
377. G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 665 ss.

378. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova 2006.
379. G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 101.
380. G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1225.
381. V. VIGORITI, *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?* (nota a App. Milano 18 settembre 1990), in *Dir. arb.*, 1991, 559-562.
382. V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss., spec. 186.
383. M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 823-837.
384. M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 846-874.
385. A. VOIELLO, *Per la qualificazione dell'arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 538.
386. A. VULLO, *Una conferma in tema di applicazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale* (nota a Cass. 17 dicembre 1993, n. 12517), in *Dir. arb.*, 1995, 441-444.
387. F. ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 603 ss.
388. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 641-647.

### ***Ringraziamenti***

La prima parola che mi viene in mente all'idea di essere all'ultima agognata pagina è: finalmente!

Subito, però, mi coglie la nostalgia. Sarà perché è un sentimento che mi appartiene così tanto. O forse perché la coappartenenza è naturalmente insita in tutto ciò che di autentico esiste.

Quanto è stato dolcemente faticoso arrivare fin qui! E poiché il senso di un viaggio è il suo andare, mi preme ringraziare tutti coloro che hanno contribuito a rendere il mio andare veramente mio.

Anzitutto mi preme ringraziare il mio relatore, Prof. Claudio Cecchella, per la passione con cui mi ha fatto appassionare alla sua materia: è stato un motivo di forte arricchimento personale seguire le sue lezioni

E con lui il Prof. Umberto Breccia, che mi stregò col suo carisma alla mia lezione, e il Prof. Roberto Romboli la cui onestà intellettuale mi fu tanto preziosa in occasione di un nostro incontro.

Grazie ai miei genitori, i miei maestri di vita, che mi hanno sostenuta sempre pur non condividendo, a volte, le mie scelte. Questo traguardo, è anche il vostro.

Grazie ai miei nonni, che si sono saputi prendere cura di me sempre con amore: rimarrò sempre la vostra devota nipotina.

Grazie a Giuseppe, Serafino ed Elio Junior: voi siete la parte migliore di me. Vi amo incondizionatamente.

Grazie a Sandro per l'Amore, la pazienza e il sostegno: abbiamo costruito tanto assieme.

Grazie alla mia grande Amica Emanuela, una persona che mi migliora (anche quando al telefono concludiamo che è meglio far finta che le cose dette non siano mai state dette!).

Grazie ad Anastasia, Patrizia e Franco. A voi mi lega un profondo affetto.

Grazie al mio amico Mino, che ha saputo sempre come strapparmi un sorriso.

Grazie a Bruno perché mi ha aiutata con la numerazione della tesi (scherzo! Non solo per questo! Forse anche perché sei un ragazzo adorabile ed è stato sempre molto piacevole chiacchierare con te?)

Infine un grazie va ad Elisabetta che è stata un prezioso punto di riferimento in questi ultimi giorni di fuoco.